

sui generis

NCE A

20 ans de transparence à Genève

Joséphine Boillat

Stéphane Werly

(édit.)



Joséphine Boillat / Stéphane Werly (édit.)  
**20 ans de transparence à Genève**

Notes sur la version numérique de ce livre :

- La version numérique (Open Access) est disponible sur le site de la maison d'édition ([www.suigeneris-verlag.ch](http://www.suigeneris-verlag.ch)), sur Google Books et directement via le Digital Object Identifier (DOI). Le DOI de ce livre est indiqué dans les mentions légales.
- Tous les articles juridiques ainsi que tous les arrêts de tribunaux et les décisions de l'autorité librement accessibles sont liés dans la version numérique.
- Les auteurs utilisent souvent des liens vers d'autres sources dans leurs manuscrits. Ceux-ci ne sont pas imprimés dans les livres mais sont inclus sous forme d'hyperliens dans la version digitale.
- Les liens permanents sont utilisés pour créer des liens. Il s'agit de liens vers une version archivée des pages web au moment de l'établissement du lien. Les liens sont persistants, c'est-à-dire qu'ils fonctionnent toujours même si la page d'origine n'est plus accessible et leur contenu ne change pas si la page d'origine change.

Joséphine Boillat / Stéphane Werly (édit.)

# **20 ans de transparence à Genève**

avec les contributions de

**Bertil Cottier**

**Pierre Flückiger**

**Christian Flueckiger**

**Anaïs Fontaine**

**Aurélie Gavillet**

**David Hofmann**

**Fabien Mangilli**

**Julian Powell**

**Christine Sayegh**

**Martine Stoffel**

**Yann Vöchting**

**Bastien von Wyss**



# Avant-propos

La loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002. Depuis cette date, toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions publiques genevoises, sauf exception prévue ou réservée par la loi. L'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies. En visant à favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique, la LIPAD a ainsi renversé le paradigme du secret administratif.

Dans la continuité de la loi, la Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2013, a ancré le droit à l'accès aux documents, lorsqu'il s'est agi de consacrer la liberté d'opinion et d'expression. Selon son article 28 alinéa 2: *« Toute personne a le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser ».*

Le présent ouvrage, édité à l'occasion des 20 ans de la loi, regroupe les contributions de douze spécialistes de la matière. Il traite tout d'abord de l'histoire du texte: à l'aide de repères chronologiques, Fabien Mangilli expose les principales étapes qui ont conduit à l'adoption de la LIPAD au travers du prisme des travaux du Grand Conseil. Anaïs Fontaine et Bastien von Wyss enchaînent en décrivant et commentant des sujets journalistiques réalisés grâce à la LIPAD ces vingt dernières années, ainsi que les procédures d'accès menées par des médias à Genève. Ils fournissent par ailleurs des conseils et recommandations pour l'utilisation de la LIPAD par les journalistes. David Hofmann aborde ensuite les liens entre la LIPAD et la bonne foi, principe garanti par deux dispositions constitutionnelles et qui apparaît essentiel lors de la requête d'accès à un document. Aurélie Gavillet, quant à elle, rappelle les grandes lignes de la procédure d'accès aux documents officiels et présente les mécanismes prévus par la loi pour ménager à la fois l'intérêt à l'accès aux documents et les éventuels intérêts privés qui s'y opposent. L'on s'intéresse ultérieurement, sous la plume de Pierre Flückiger, à la recherche d'un équilibre entre la protection des données personnelles et le droit à l'information, s'agissant de l'accès aux archives publiques. Julian Powell poursuit avec le droit d'accès aux documents d'examens, qui peut résulter de bases juridiques distinctes et être soumis à des conditions différentes. Puis Christian Flueckiger se penche sur quelques questions procédurales choisies auxquelles sont ponctuellement confrontées les autorités et les parties demanderessees lorsque la procédure devient contentieuse. Martine Stoffel et Yann Vöchting continuent

en évoquant les points forts relatifs à la transparence dans le canton de Fribourg ces dix dernières années. Par la suite, Christine Sayegh, ancienne médiatrice cantonale, revient sur les huit premières années de l'application du texte légal. Enfin, Bertil Cottier conclut par une postface, dans laquelle il relève la menace d'une baisse du niveau de transparence, due aux nouvelles réalités.

Les soussignés remercient très chaleureusement leur assistante, Estelle Dugast, pour son aide précieuse dans leur activité quotidienne. De même, que toutes les personnes qui endossent la tâche de responsable LIPAD, malheureusement trop nombreuses pour être énumérées, reçoivent leur gratitude pour le travail qu'elles accomplissent.

Genève, le 24 août 2022

*Joséphine Boillat, Préposée cantonale adjointe*

*Stéphane Werly, Préposé cantonal*

# Sommaire

Avant-propos .....	V
Sommaire .....	VII
Liste des auteurs .....	IX

---

Fabien Mangilli

**Historique de la LIPAD**

20 ans de transparence à Genève :

une histoire commencée il y a 45 ans ..... 1

---

Anaïs Fontaine / Bastien von Wyss

**20 ans d'utilisation de la LIPAD par les journalistes** ..... 19

---

David Hofmann

**La LIPAD et la bonne foi**

Un principe essentiel lors de la requête d'accès à un document ..... 49

---

Aurélie Gavillet

**Droit d'accès aux documents officiels et protection  
des intérêts privés**

Synthèse après 20 ans de pratique à Genève ..... 79

---

Pierre Flückiger

**L'accès aux archives publiques :**

**à la recherche d'un équilibre entre protection des données**

**personnelles et droit à l'information** ..... 109

---

Julian Powell

**Zugang zu Prüfungsunterlagen**

Anspruch nach Öffentlichkeitsprinzip unter Berücksichtigung

des Datenschutzrechts und des Verfahrensrechts ..... 131

---

Christian Flueckiger

**Principes de procédure**

**poussés dans les cordes par celui de la transparence ?** ..... 149

---

Martine Stoffel / Yann Vöchting

**La transparence – un principe devenu très populaire**

L'exemple fribourgeois ..... 173

---

Christine Sayegh	
<b>Les 20 ans de la LIPAD – Période de 2001-2009</b> .....	<b>203</b>

---

Bertil Cottier	
<b>Postface</b>	
<b>Transparence : quo vadis?</b> .....	<b>215</b>

# Liste des auteurs

JOSÉPHINE BOILLAT a étudié le droit à l'Université de Lausanne (lic. iur), ainsi qu'au King's College de Londres (LLM – International Business law) avant d'obtenir son brevet d'avocate en 2005. Elle a travaillé plusieurs années au sein d'une étude commerciale genevoise tout en se spécialisant dans la gestion amiable des différends (CAS en médiation). Elle a ensuite rejoint le Groupe de confiance de l'Etat de Genève, avant d'occuper, depuis décembre 2017, la fonction de Préposée cantonale adjointe à la protection des données et à la transparence du canton de Genève. Elle a publié divers articles scientifiques ayant trait à ces domaines juridiques.

BERTIL COTTIER : Professeur honoraire de l'Université de Lausanne et de l'Université de la Suisse italienne. Membre de la Commission fédérale des médias. Président de la section suisse de Reporters sans frontières. Ancien président de la commission vaudoise pour l'accès aux documents administratifs ; ancien membre de la commission tessinoise pour la protection des données et la transparence administrative. A fait partie de la commission d'experts qui a élaboré l'avant-projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration et, ensuite, du groupe de travail qui a piloté l'évaluation de cette même loi.

PIERRE FLÜCKIGER, historien contemporainiste, a étudié l'accueil et le refoulement des réfugiés à la frontière franco-genevoise durant la Seconde Guerre mondiale. Il est l'auteur d'un rapport et de plusieurs articles consacrés à ce sujet, de même qu'à l'histoire de Genève entre les XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles. En outre, il a signé de nombreuses publications concernant des problématiques archivistiques actuelles. Depuis 2008, il est archiviste d'Etat, directeur des Archives d'Etat de Genève. Il est membre de la Conférence suisse des directrices et des directeurs d'archives. Il est également conseiller scientifique du Dictionnaire historique de la Suisse pour Genève.

CHRISTIAN FLUECKIGER est titulaire d'un certificat ès sciences économiques, politiques et sociales (demi-licence) (1995), d'une licence en droit (1998) et d'un doctorat (mention cum laude, 2008) de l'Université de Neuchâtel, ainsi que d'un brevet d'avocat (Neuchâtel, 2002). Il est Préposé à la protection des données et à la transparence des cantons du Jura et de Neuchâtel (PPDT) depuis 2013 ; vice-président du Groupe de coordination des autorités suisses de protection des données depuis 2011 ; membre du

comité de PRIVATIM (association suisse des autorités cantonales et communales de protection des données) depuis 2014 ; membre de la Commission éthique et sécurité de l'association CARA (dossier électronique du patient) depuis 2020.

ANAÏS FONTAINE est titulaire d'un Master en droit de l'Université de Genève avec une mobilité à la Humboldt-Universität de Berlin. Elle a rédigé son travail de Master en droit sur la protection des sources journalistiques en droit comparé. Elle détient également un Master en International Affairs and Governance (MIA) de l'Université de St Gall. Elle a eu dans ce cadre l'opportunité de faire un échange à la Lee Kuan Yew School of Public Policy (National University of Singapore). Elle travaille en tant que juriste notamment pour les questions liées au droit des médias à la Radio Télévision Suisse. Elle est formatrice en lois sur la transparence et en déontologie de l'audiovisuel. Elle suit actuellement une formation en facilitation. L'autrice s'exprime à titre personnel.

AURÉLIE GAVILLET a effectué des études de lettres et droit clôturées par un doctorat en droit obtenu à l'Université de Genève. Après avoir travaillé au Pouvoir judiciaire de Genève, elle est désormais avocate au barreau de Genève et chargée d'enseignement à l'Université de Genève. Ses domaines de recherches sont le droit administratif général, la théorie générale du droit et la méthodologie juridique.

DAVID HOFMANN, qui exerce actuellement dans l'Etude CMS von Erlach Partners SA, est un avocat spécialisé en procédure civile ainsi qu'en droit public et administratif. Il a obtenu sa licence en droit en 1999 à l'Université de Genève. Il fut ensuite assistant au département de droit constitutionnel de 1999 à 2005, où il rédigea notamment une thèse de doctorat consacrée à la liberté économique. Il effectua son stage d'avocat au Tribunal de première instance et dans l'Etude Ziegler Poncet Grumbach Carrard Lüscher et a obtenu son brevet d'avocat en 2007. Il fut directeur suppléant des affaires juridiques de la chancellerie d'Etat de la République et canton de Genève entre 2008 et 2013. Il enseigne également à l'Université de Genève. L'auteur s'exprime évidemment à titre personnel.

FABIEN MANGILLI a obtenu une licence en droit de l'Université de Neuchâtel puis un brevet d'avocat. Il est titulaire d'un diplôme d'études approfondies en droit européen de l'Université de Liège et d'un doctorat en droit de l'Université de Genève. Il a travaillé au secrétariat général du Grand Conseil de la République et canton de Genève en tant que secrétaire parlementaire. Il a ensuite rejoint la direction des affaires juridiques de la

chancellerie d'Etat (Genève) en novembre 2013, où il occupe la fonction de directeur depuis le 1<sup>er</sup> février 2014.

JULIAN POWELL ist Stellvertretender Beauftragter für Information und Datenschutz des Kantons Solothurn. In dieser Funktion berät und beaufsichtigt er Behörden mit dem Ziel die Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger zu schützen und die Transparenz in der Verwaltung zu fördern. Auf Mandatsbasis ist Herr Powell auch als Rechtsanwalt für Bratschi AG, eine der grössten Wirtschaftskanzleien der Schweiz, tätig. In diesem Rahmen unterstützt er Unternehmen bei datenschutzrechtlichen Fragen, insbesondere bei der Umsetzung der neuen Pflichten der DSGVO und des revidierten Schweizer Datenschutzgesetzes. Er ist Autor diverser wissenschaftlicher Publikationen sowie Mitherausgeber des neuen Orell Füssli Kommentars zum revidierten Datenschutzgesetz.

CHRISTINE SAYEGH, née le 11 juillet 1945, a vécu à la Chaux-de-Fonds. Après une maturité classique, elle a poursuivi ses études en biologie à Lausanne puis en droit à Genève et opté pour la profession d'avocat. Députée socialiste, elle a siégé au Parlement genevois de 1990-2001, l'a présidé au cours de son mandat ainsi que plusieurs commissions parlementaires. Elle a ensuite occupé le premier poste de médiatrice, prévu dans la loi genevoise sur l'information du public et de l'accès aux documents. Elle a présidé : l'Institut Jaques-Dalcroze (2005-2017), les Ports Francs et Entrepôts de Genève (2005-2015), le Fonds de compensation des Allocations Familiales (2002-2018) et celui de l'Assurance Maternité (2001-2020).

MARTINE STOFFEL est Préposée à la transparence dans le canton de Fribourg depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2018, et Préposée à la protection des données ad interim depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2022. Elle dispose d'une licence en ethnologie et sinologie, obtenue à l'Université de Zurich, et d'un master en études juridiques, de l'Université de Fribourg. Elle a travaillé dix ans comme collaboratrice scientifique et collaboratrice du Secrétaire général de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales ASSH, puis comme consultante dans une entreprise bernoise active dans le conseil juridique international et la médiation, avant d'entrer dans les services du rectorat de l'Université de Fribourg.

YANN VÖCHTING est juriste auprès du Service de la législation du canton de Genève depuis le 1<sup>er</sup> août 2022. Suite à l'accomplissement de son Baccalauréat en droit à l'Université de Lausanne (2018), il a réalisé une Maîtrise bilingue en droit de l'action publique des Universités de Genève et de Bâle (2020) avant d'effectuer un stage universitaire d'un an à la Section des

droits politiques de la Chancellerie fédérale. Il a également été juriste-stagiaire auprès de l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données de l'Etat de Fribourg.

STÉPHANE WERLY a rédigé une thèse de doctorat consacrée à la protection du secret rédactionnel. Il est, depuis 2009, professeur à la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Neuchâtel, où il dispense un enseignement de droit de la communication. En 2011, le Conseil fédéral l'a nommé membre de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP). Depuis 2014, Stéphane Werly occupe le poste de Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence du canton de Genève. Il a publié de nombreux articles scientifiques, ainsi que des ouvrages ayant trait au droit des médias, dont un traité de droit de la communication en 2011.

BASTIEN VON WYSS est recherchiste – métier journalistique de coulisses – à la Radio Télévision Suisse, principalement pour l'émission de radio On en parle (La Première). Titulaire d'une Licence en sciences sociales et d'un Master en droit de l'Université de Neuchâtel, il a consacré son travail de mémoire de fin d'études juridiques au sujet des lois sur la transparence. Bastien von Wyss est aussi formateur de journalistes sur ce sujet et membre du comité de l'association [loitransparence.ch](http://loitransparence.ch) qui promeut au niveau national l'utilisation des lois sur la transparence comme outil journalistique. L'auteur s'exprime à titre personnel.

Fabien Mangilli

# Historique de la LIPAD

20 ans de transparence à Genève :  
une histoire commencée il y a 45 ans

---

I. Introduction .....	2
II. La motion 4808 en 1977: la première pierre .....	3
III. Le projet de loi 5593 en 1984 : l'essai non transformé .....	6
IV. Le projet de loi 6761 et la motion 762 en 1991: des prémices de sept ans .....	8
V. Le projet de loi 8356 en 2000 : la concrétisation .....	11
VI. En guise de conclusion .....	15
VII. Repères historiques .....	16

## I. Introduction

Dès le milieu des années septante, le Grand Conseil genevois s'empare des questions aujourd'hui traitées par la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD). Il commence d'abord par la protection des données, en votant, le 24 juin 1976, la loi 4135 sur la protection des informations traitées automatiquement par ordinateur (abrégée plus tard LITAO)<sup>1</sup>. Il s'agit à ce moment-là des « premières dispositions légales en Suisse, et parmi les toutes premières en Europe et dans le monde »<sup>2</sup>. Elle entre en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1977<sup>3</sup>.

Quant à la transparence, appréhendée par la terminologie se rapportant aux « informations » détenues par l'État, elle n'est pas prévue dans l'ordre juridique genevois. Cela dit, il existe déjà à ce moment-là une forme de communication active, par la mise à disposition de publications officielles notamment. En outre, une pratique d'information avait été mise en place dans les départements, ce qui avait d'ailleurs conduit le département de justice et police à considérer que « sauf exceptions, mais justifiées par l'application de principes connus, on peut dire que d'une manière générale l'accès aux dossiers de l'administration cantonale est de fait admis »<sup>4</sup>. Cela étant, cette pratique ne semblait pas présenter d'uniformité au sein de l'État, certains départements étant plus ouverts que d'autres à la transmission d'informations<sup>5</sup>.

Au milieu des années septante, il existe donc une forme de transparence, mais non encadrée par des règles et n'obéissant pas à une pratique uniforme. Cette situation conduira des membres du Grand Conseil à demander un ancrage dans l'ordre juridique cantonal. Il faudra près de 25 ans pour que le droit d'accès à l'information et aux documents soit institutionnalisé, de la première motion à l'entrée en vigueur de la LIPAD, le 1<sup>er</sup> mars 2002.

Les pages qui suivent présenteront les principales étapes qui ont conduit à la LIPAD du 5 octobre 2001, principalement au travers du prisme des travaux du Grand Conseil.

---

1 Recueil authentique des lois et actes du gouvernement de la République et canton de Genève (ci-après : ROLG) 1977, p. 82.

---

2 Rapport de la commission chargée d'examiner le projet de loi de M. Alain Borner sur la protection des informations traitées automatiquement par ordinateur (N°4135-B), Mémorial du Grand Conseil (ci-après : MGC) 1976/III, p. 2322-2336, p. 2322.

---

3 ROLG 1977, p. 86.

---

4 Rapport de la commission chargée d'examiner la motion de M. René Longet sur l'accès aux informations détenues par l'administration (M 4808-A), MGC 1979/II p. 1236-1245, p. 1238.

---

5 Voir n. 4, p. 1239.

## II. La motion 4808 en 1977: la première pierre

Le premier texte parlementaire à Genève sur la transparence (« l'accès aux informations ») est la motion 4808 du député René Longet sur l'accès aux informations détenues par l'administration, traitée le 16 septembre 1977<sup>6</sup>. Partant du constat que la législation ne contient aucune règle relative à la diffusion des informations détenues par l'État, son invite demande au « [...] Conseil d'État [de] lui [au Grand Conseil] présenter un rapport sur l'introduction, dans la législation genevoise, d'un *principe général* d'accès aux informations détenues par l'administration, en définissant d'ores et déjà les *exceptions* justifiées par des *intérêts prépondérants* ».

Il est assez extraordinaire de constater, 45 ans plus tard, que l'invite de la motion contient en une phrase l'ensemble de la philosophie de la transparence sous-tendue aujourd'hui par la LIPAD. En effet, l'art. 24 LIPAD contient un principe général de droit d'accès aux documents, sauf exceptions. Et l'art. 26 al. 1 LIPAD fixe l'exception générale au droit d'accès lorsqu'existe un intérêt public ou privé prépondérant. À l'inverse, la notion de documents, qui constitue l'objet du droit d'accès, n'est pas directement abordée. Cette situation s'explique certainement, à la lecture des travaux parlementaires sur cette motion, par le fait que celle-ci voulait également appréhender l'information active (ou spontanée) des autorités. D'ailleurs la LIPAD consacre également le droit à l'information active par les autorités. Quoi qu'il en soit, il convient assurément de reconnaître que, dans son principe, l'auteur de la motion avait pertinemment circonscrit la problématique du droit d'accès aux documents que l'on connaît aujourd'hui.

Dans l'exposé des motifs, il est intéressant de noter que la motion se réfère tout d'abord au bon exercice des droits politiques, en élargissant ensuite le débat au « bon fonctionnement des régimes démocratiques ». Par comparaison, l'un des buts de la LIPAD est de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique, ce qui ne semble guère éloigné de l'argumentation de 1977. On est également très proche de la situation actuelle, car l'exposé des motifs relève qu'un exemple d'intérêt prépondérant est la protection de la vie privée, alors que l'on sait, aujourd'hui, qu'il s'agit de l'un des motifs les plus fréquemment reconnus pour refuser une demande d'accès. La même constatation s'impose au regard des considérations sur les modalités d'application du dispositif, l'exposé de motifs posant la question de savoir « à partir de quand un dossier est consultable » (question des brouillons et autres textes inachevés qui ne sont pas des documents, art. 25 al. 4 LIPAD), celle de

---

6 MGC 1977/V p. 4288-4296.

savoir s'il est possible de « connaître tout le dossier ou certaines pièces » (question de l'accès partiel, art. 27 LIPAD), celle de savoir si des voies de recours doivent être prévues et celle relative aux limites matérielles au travail de l'administration pour satisfaire la demande (question du refus en raison du travail manifestement disproportionné, art. 26 al. 5 LIPAD)<sup>7</sup>.

Lors de la séance du Grand Conseil du 16 septembre 1977, la motion est renvoyée en commission après un bref débat mettant en évidence le besoin de concilier l'intérêt à la protection de la personnalité (le terme « donnée personnelle » n'est pas utilisé) et celui à la transparence<sup>8</sup>.

Le rapport de la commission chargée d'examiner la motion 4808 est traité lors de la séance du Grand Conseil du 26 avril 1979<sup>9</sup>. La commission y indique notamment que « L'importance du principe de l'accès du citoyen aux informations détenues par l'État n'a pas échappé à la commission. Que la possibilité d'accéder à ces informations soit importante pour l'exercice des droits des citoyens et pour une meilleure compréhension du travail de l'administration paraît indiscutable »<sup>10</sup>. S'agissant des exceptions au droit à l'information, le rapport retient notamment la nécessité d'éviter les abus et de prévoir des limites pour la défense de l'intérêt public et celle de l'intérêt privé de certains particuliers pour les informations touchant à leur sphère privée<sup>11</sup>. Il est intéressant de noter que la commission se réfère également dans son rapport à un « médiateur », dont le rôle serait de faire un tri dans les documents pouvant être remis, et d'éviter la transmission au public d'informations susceptibles d'être utilisées de manière abusive. La fonction sera prévue dans la loi de 2001.

Finalement, dès lors que le Conseil d'État s'est déclaré d'accord d'examiner les problèmes posés par la question de l'accès à l'information, la commission propose une modification du texte de l'invite de la motion, en prévoyant « l'introduction *éventuelle*, dans la législation genevoise, d'un principe général d'accès aux informations détenues par l'administration... » et en précisant que les intérêts prépondérants devaient être publics et privés.

Il n'y aura que trois prises de parole dans le débat : la députée ayant rédigé le rapport de commission, l'auteur de la motion et le représentant du Conseil d'État, lequel confirmera l'acceptation de la motion, après avoir néanmoins précisé que le droit à l'information peut se heurter à plusieurs obstacles, notamment les divers secrets et le respect de la sphère privée<sup>12</sup>.

---

7 Voir n. 6, p. 4289.

---

8 Voir n. 6, p. 4292-4296.

---

9 Voir n. 4.

---

10 Voir n. 4, p. 1240.

---

11 Voir n. 4, p. 1241.

---

12 Voir n. 4, p. 1244.

La motion est acceptée à l'issue du débat et renvoyée au Conseil d'État.

Le rapport du Conseil d'État sur la motion est traité par le Grand Conseil le 6 novembre 1981<sup>13</sup>. Il laissera l'auteur de la motion « sur sa faim » dans la mesure où le Conseil d'État « s'étend sur des éléments qui sont déjà connus, ou alors qui sortent du champ de la motion [...] »<sup>14</sup>. Pour l'auteur, « on pourrait [...] croire, à lire le rapport, que le Conseil d'État n'a pas vraiment compris quel problème nous voulions poser. Mais je crois qu'en réalité il a très bien compris, comme le montre sa conclusion, quand il parle de la « nécessité de préserver son pouvoir discrétionnaire, indispensable à l'action gouvernementale ». Étrange conception de l'État. Est-ce cela l'État au service des citoyens ? »<sup>15</sup>.

Il est vrai que ce rapport est certainement décevant pour les personnes qui soutiennent un ancrage du principe général du droit à l'information dans le droit genevois. Sur ce point, le Conseil d'État ne juge pas cette solution opportune, à ce moment-là, premièrement en raison du fait que les exceptions seraient très nombreuses au point de conduire à l'élaboration d'une réglementation « extrêmement détaillée, sans pour autant modifier la situation actuelle ». <sup>16</sup> En outre, le Conseil d'État estime que « pour les informations ayant trait à l'activité organisatrice et créatrice de l'État, le principe général d'accès n'apparaît pas compatible avec la liberté de choix et d'action qui est une condition nécessaire de l'efficacité de l'administration »<sup>17</sup>.

Malgré cette déception, le rapport contient néanmoins un nombre important de propositions, qui vont permettre d'accroître la transparence active, soit la transmission spontanée d'informations. Le Conseil d'État propose notamment le développement de campagnes d'information, de communiqués de presse, de conférences de presse, de rapports, de plaquettes et brochures. Il propose aussi la création ou l'augmentation des attachés de presse ainsi que des services d'accueil et de renseignement<sup>18</sup>. Or, le développement de cette transparence active a certainement joué un rôle dans le processus ayant conduit à la LIPAD, dont l'un des piliers de l'information qu'elle prévoit est précisément constitué de ladite transparence active.

À l'issue des débats, il sera pris acte du rapport, l'auteur de la motion ayant précédemment indiqué que la « seule façon de prendre acte de ce rapport sera

---

13 Rapport du Conseil d'État sur la motion de René Longet concernant l'accès aux informations détenues par l'administration (M 4808-B), MGC 1981/IV, p. 4728-4742.

---

14 Voir n. 13, p. 4739.

---

15 Voir n. 13, p. 4739.

---

16 Voir n. 13, p. 4738.

---

17 Voir n. 13, p. 4738.

---

18 Voir l'ensemble des propositions dans le rapport (n. 13), p. 4737-4738.

d'étudier le dépôt d'un projet de loi»<sup>19</sup>. Ce dernier sera déposé un peu moins de trois ans plus tard.

### III. Le projet de loi 5593 en 1984 : l'essai non transformé

Le 11 mai 1984, le Grand Conseil débat du projet de loi 5593 sur la publicité des documents officiels, déposé par les députées Micheline Calmy-Rey et Christiane Brunner<sup>20</sup>. Il s'agit d'un texte relativement court (huit articles) par rapport à la LIPAD de 2001. Pour la première fois, la notion de documents officiels est utilisée, alors que les travaux précédents sur la motion 4808 avaient appréhendé la question sous l'angle, plus large à notre sens, de l'accès à l'information.

L'art. 1 fixe le but et l'objet de la loi, soit l'accès aux documents officiels. L'art. 2 donne les définitions. Le principe du droit d'accès figure à l'art. 3. Cette disposition prévoit également l'obligation de transparence active, les « services publics [devant fournir] des informations sur des questions d'intérêt général ». Les exceptions au droit d'accès (art. 4) sont au nombre de quatre : les documents de travail à usage interne, les documents protégés par le secret professionnel, les dossiers de police et « d'une façon générale, tous les documents officiels dont la consultation ou la publicité pourrait léser des intérêts publics et privés prépondérants ». Cette dernière exception générale se retrouvera dans la LIPAD et en constituera l'al. 1 de l'art. 26 LIPAD. La procédure d'accès (art. 5) prévoit la forme écrite de la demande et un délai de réponse maximal de 15 jours ouvrables. L'art. 6 intitulé « obligation d'informer » prévoit tout d'abord l'obligation générale d'information spontanée, aujourd'hui appelée « transparence active »<sup>21</sup>. L'al. 2 fixe une obligation aux « services publics » d'établir et de publier un bulletin à l'usage du public (« les administrés » dans le texte) indiquant les lieux où il est possible de s'informer, les possibilités d'accès aux documents ainsi que l'indication des voies de recours possibles. Une voie de recours (art. 7) est ouverte au Tribunal administratif contre les refus d'accès, mais également contre les informations erronées qui seraient données à la personne concernée dans le cadre des règles relatives à l'information<sup>22</sup>. Ce second aspect ne sera pas repris par la suite dans la LIPAD.

---

19 Voir n. 13, p. 4740.

20 MGC 1984/II, p. 2319-2343.

21 Art. 6 al. 1 : « Les services publics informent régulièrement la presse et le public des questions d'intérêt général traitées par eux. »

22 Voir n. 20, p. 2328.

À la lecture de l'exposé des motifs, il apparaît que ce projet de loi se situe dans la continuité des principes dégagés durant les travaux sur la motion 4808 : information active et droit d'accès aux documents dans un objectif de développement de la participation citoyenne et exceptions justifiées par des intérêts publics ou privés prépondérants. L'exposé des motifs met également en avant la nécessité d'un droit d'accès dans un souci d'efficacité de l'administration, ce dont le Conseil d'État avait douté dans sa réponse à la motion 4808. Pour les auteures du projet au contraire, les débats d'opinion et les conflits qui découlent des rapports de force devraient pouvoir se dérouler entre partenaires mieux informés<sup>23</sup>.

À notre sens, il s'agit plutôt de considérations relatives à la formation de l'opinion politique et au débat démocratique. Mais une chose semble certaine aujourd'hui : la transparence peut avoir un effet bénéfique sur l'efficacité de l'administration (au sens large), laquelle aura notamment tendance à produire des documents de qualité en sachant qu'ils sont susceptibles d'être remis à l'extérieur.

L'exposé des motifs retient également que « la mise en place d'un droit à l'information permet d'accroître la protection des services de l'État contre eux-mêmes, de contrebalancer leurs prérogatives, de tirer enfin toutes les conséquences du droit de citoyenneté dans la mesure où elle est de nature à renforcer les possibilités de contrôle et de défenses des individus face au pouvoir de décision de l'État, à leur donner des éléments de dialogue face à l'interventionnisme croissant de l'État »<sup>24</sup>. Il est possible que la transparence puisse aujourd'hui avoir l'un ou l'autre des effets mentionnés, par exemple la protection des services contre eux-mêmes, qui à l'instar de l'objectif d'efficacité de l'administration, pourrait conduire ces derniers à exercer leur activité sur des bases solides, sachant que les documents qui s'y rapportent sont susceptibles d'être transmis. Cela étant, il semble aujourd'hui que la défense des personnes face au pouvoir de décision de l'État est plutôt assurée par le biais du droit d'accès au juge que par la transparence, même si celle-ci peut jouer un rôle en amont.

L'accueil réservé par le Grand Conseil à ce projet de loi sera glacial. Ce dernier a visiblement fait peur car on lui reproche surtout son caractère excessif. Les exceptions au droit d'accès seraient mal définies et l'on risquerait de porter atteinte à la protection de la sphère privée, en particulier dans le domaine fiscal. En outre, la volonté affichée dans l'exposé des motifs de doter le public d'une forme de droit de contrôle sur l'État a suscité certaines réticences. Enfin, il ressort du débat que, à ce moment-là, le Grand Conseil entendait laisser le

---

23 Voir n. 20, p. 2322.

24 Voir n. 20, p. 2323.

Conseil d'État développer l'accès à l'information, dans le prolongement de ce qu'il avait annoncé dans son rapport sur la motion 4808<sup>25</sup>.

L'entrée en matière sur le projet de loi est refusée sans même un renvoi en commission pour examen. Il faudra attendre sept ans pour que le sujet revienne au Grand Conseil.

#### **IV. Le projet de loi 6761 et la motion 762 en 1991 : des prémices de sept ans**

Le 28 novembre 1991, le Grand Conseil aborde le traitement du projet de loi 6761 sur la liberté d'information et la proposition de motion 762 sur l'information du public<sup>26</sup>. Les deux textes parlementaires avaient été déposés presque simultanément (quatre jours d'avance pour la motion).

Déposé par les députés Michel Balestra, Nicolas Brunschwig et Charles Poncet, le projet de loi 6761 comporte 14 articles. Il définit tout d'abord la liberté d'information, dans laquelle on retrouve les deux composantes de la transparence soit l'information (complète et exacte) sur les activités étatiques et le droit d'accéder à ces informations (art. 1 al. 1). Il est également prévu que le droit à l'information ne peut être restreint que par la loi (art. 1 al. 2). Les titulaires du droit sont les personnes physiques de nationalité suisse et les personnes morales ayant leur siège en Suisse (art. 2 al. 1). Un principe de réciprocité est prévu, permettant aux personnes de nationalité étrangère et aux personnes morales ayant leur siège à l'étranger de se prévaloir du droit à l'information dès lors que leur pays d'origine (ou dans lequel elles ont leur siège) octroie des droits équivalents aux personnes de nationalité suisse (art. 2 al. 2). Des exceptions sont également prévues et correspondent globalement à celles connues aujourd'hui avec certes quelques nuances. Par exemple, l'intérêt public doit être *prépondérant* alors que les intérêts privés sont *impérieux et dignes de protection* (art. 4 al. 1 let. b). Le projet règle ensuite la publicité des séances qui en est le principe. Par contre, les exceptions retiennent le plus souvent le huis clos (avec également des exceptions), solution qui ne sera finalement pas retenue par la suite dans le cadre des travaux sur le projet de loi 8356 qui aboutira à la LIPAD (art. 5). La réglementation des demandes individuelles (art. 7) prévoit un traitement sans retard et la possibilité d'exiger la forme écrite lorsque la demande est complexe ou entraîne des recherches importantes. Un émolument est possible mais ne peut couvrir que les coûts

---

25 Voir n. 20, p. 2333.

26 MGC 1991/V, p. 5118-5147.

effectifs. Finalement, une délégation législative au Conseil d'État est donnée pour les dispositions nécessaires au traitement des requêtes et les entités soumises à la loi doivent édicter les directives nécessaires, obligation qui se retrouvera dans la LIPAD. Une disposition sur les médias (art. 8) prohibe en particulier toute censure et leur garantit l'accès aux séances des autorités soumises à la loi. Contrairement à ce qui avait été évoqué dans le cadre du traitement de la motion 4808 et à la solution finalement retenue dans la LIPAD avec l'institution de la médiation (et du médiateur LIPAD), le projet de loi 6761 met en place une « commission de la liberté d'information », composée de cinq membres et de cinq suppléants élus par le Grand Conseil pour 4 ans et rééligibles 2 fois au plus<sup>27</sup>. Contrairement au médiateur institué par la LIPAD qui ne rend pas de décision elle aurait statué comme autorité de recours de dernière instance cantonale en cas de refus d'une demande d'accès. Elle aurait également été chargée d'émettre des avis sur les modifications législatives, réglementaires ou de textes administratifs ayant une influence sur la liberté d'information, compétence du médiateur que l'on retrouvera dans la LIPAD. Enfin, la commission se serait vu attribuer la compétence d'émettre, d'office ou sur requête, un avis sur la compatibilité de toute norme avec la liberté d'information. À notre sens, cette faculté se retrouve partiellement aujourd'hui, le préposé à la protection des données et à la transparence analysant très souvent, lorsqu'il est consulté, la compatibilité des projets qui lui sont soumis aux règles en matière de transparence (et bien entendu à la protection des données). Enfin, il convient encore de mentionner l'art. 12 du projet de loi 6761, lequel fixe des règles d'interprétation, aux termes desquelles les normes divergeant de la loi doivent être interprétées de manière conforme. En outre, en cas de doute sur la réalisation d'une exception, l'autorité doit trancher en faveur de la liberté d'information. Sur ce dernier point, il semble que la jurisprudence de la chambre administrative de la Cour de justice (respectivement du Tribunal administratif avant le 1<sup>er</sup> janvier 2011) et du Tribunal fédéral soit allée dans ce sens depuis l'entrée en vigueur de la LIPAD.

Déposée par les députées Claire Torracinta-Pache et Christine Sayegh (qui rédigerait le rapport de la commission sur le projet de loi 8356 ayant abouti à la LIPAD et qui sera ensuite élue médiatrice LIPAD), la motion 762 contient quant à elle deux invites demandant au Conseil d'État :

---

27 Selon l'article 9, alinéa 2 du projet, la commission comprend un membre et un suppléant choisis parmi les membres du Grand Conseil, un membre et un suppléant choisis dans le corps enseignant de niveau universitaire, proposés par le Conseil d'Etat, un membre et un suppléant proposés par l'Association des communes genevoises, un membre et un suppléant proposés par l'autorité que la Ville de Genève propose à cet effet, un membre et un suppléant proposés par les organisations représentatives des médias.

- « [d']étudier des mesures permettant une meilleure information du public sur l'activité de l'administration et des autorités cantonales, en se fondant sur le principe de la transparence. À mandater à cet effet un groupe de réflexion – le cas échéant avec la collaboration d'experts extérieurs – chargé d'étudier les dispositions qu'impliquerait l'instauration d'un droit du public à l'information ;
- [de] faciliter le travail des journalistes en les aidant dans leurs recherches et leurs enquêtes. À tenir compte des besoins spécifiques des divers médias (presse, radio, télévision) dans la manière d'informer et le moment choisi pour le faire »<sup>28</sup>.

Les deux objets sont renvoyés en commission à l'issue du débat de préconsultation sur le projet de loi 6761, après que le Conseil d'État se sera déclaré d'accord d'entrer en matière sur le projet de loi tout en souhaitant un examen en commission pour en améliorer la rédaction<sup>29</sup>. Ultérieurement, la pétition 955 « Droit de questionner avec obligation de réponse » lui sera également renvoyée<sup>30</sup>.

Les travaux de commission vont durer près de sept ans et s'étaler sur trois législatures (1989-1993, 1993-1997 et 1997-2001)<sup>31</sup>. Dans son rapport de commission, le député Albert Rodrik expliquera, non sans une certaine pointe d'humour et d'ironie, les aléas du traitement de ces trois « textes frappés de scoumoune »<sup>32</sup>. C'est finalement après l'audition du chancelier et l'échange avec lui à cette occasion, en juin 1998, que la commission arrive à la conclusion de ses travaux. Elle décide qu'il est plus judicieux qu'un texte soit préparé par le biais du Conseil d'État, au besoin avec l'aide d'une personne experte. La proposition de motion est modifiée, en ce sens qu'il ne reste plus qu'une invite au Conseil d'État « à déposer, dans un délai n'excédant pas une année, un projet de loi abordant d'une part le devoir d'information de l'État et de l'autre le droit d'accès des citoyens aux actes de l'État ainsi que les limites d'un tel droit »<sup>33</sup>. Le rapporteur émet enfin le souhait que la loi puisse entrer en vigueur au plus tard pour le début du XXI<sup>e</sup> siècle, soit le 1<sup>er</sup> janvier 2001<sup>34</sup>. Il n'y aura finalement pas beaucoup de retard !

---

28 Voir n. 26, p. 5135-5136.

---

29 Voir n. 26, p. 5146.

---

30 Pour le texte de la pétition, voir MGC 1998/VI, p. 5430-5432.

---

31 MGC 1998/VI, p. 5420-5439. Voir également le site du Grand Conseil, <https://perma.cc/5XPF-SP5Y>.

---

32 Voir n. 31, p. 5426.

---

33 Voir n. 31, p. 5428.

---

34 Voir n. 31, p. 5428.

À l'issue du débat en séance plénière, le 23 octobre 1998, la pétition 955 est déposée sur le bureau du Grand Conseil pour information et la motion est renvoyée au Conseil d'État.

## V. Le projet de loi 8356 en 2000 : la concrétisation

Un avant-projet de loi est préparé par une commission d'experts, nommée par le Conseil d'État le 30 novembre 1998 (soit un peu plus d'un mois après le renvoi de la motion 762 au Conseil d'État) avec le mandat d'instituer le principe de la transparence dans le droit genevois avec des exceptions, d'introduire une procédure simple de règlement des litiges et d'éviter que le nouveau droit n'implique des dépenses nouvelles<sup>35</sup>. Composée de Michel Clavier (président, chef de l'information de l'État du Valais), Denis Barrelet (professeur), Daniel Cornu (professeur), Pierre Hayer (juge à la Cour de justice) et Charles Poncet (avocat), elle tiendra 14 séances entre le 9 février 1999 et le 31 janvier 2000, auxquelles participeront également le directeur des affaires juridiques et le chef de l'information de la chancellerie<sup>36</sup>.

Sur décision du Conseil d'État, l'avant-projet fait l'objet d'une large consultation auprès de 136 entités ou personnes<sup>37</sup>. Au retour de la consultation à la fin juin 2000, il se dégage une opinion globalement favorable à l'instauration d'un principe de transparence avec néanmoins certaines réserves, notamment sur les coûts et le travail engendrés, le champ d'application et les exceptions jugées trop floues<sup>38</sup>.

L'avant-projet est retravaillé et le Conseil d'État dépose au Grand Conseil, le 9 octobre 2000, le « projet de loi sur l'information du public et l'accès aux documents », qui portera le numéro 8356. Il est renvoyé à la commission judiciaire le 26 octobre 2000 sans débat de préconsultation<sup>39</sup>.

Fondamentalement, même si la commission judiciaire retravaillera et modifiera plusieurs dispositions, il apparaît que le projet du Conseil d'État

---

35 Projet de loi 8356, MGC 2000/VIII, p. 7641-7714. Site Internet du Grand Conseil, <https://perma.cc/9HEN-QTWZ>, p. 36.

36 Voir site Internet du Grand Conseil (n. 35), p. 36.

37 Grand Conseil, Pouvoir judiciaire, 45 communes genevoises, Association des communes genevoises, six partis politiques représentés au Grand Conseil, partenaires sociaux, départements de l'administration cantonale, commissions du personnel et partenaires sociaux de l'administration cantonale, quelque 25 établissements et corporations de droit public genevois, associations et fondations importantes pour Genève, médias, Confédération et cantons latins. Voir site Internet du Grand Conseil (n. 35), p. 36.

38 Voir site Internet du Grand Conseil (n. 35), p. 36-37.

39 MGC 2000/VIII, p. 7714.

contient déjà l'essentiel des éléments du dispositif de transparence que nous connaissons actuellement à Genève. Il est divisé en sept chapitres :

- *But et champ d'application* (art. 1-2) ; on y trouve déjà l'objectif de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique ;
- *Publicité des séances* (art. 3-15) ; à ce moment, le Conseil d'État envisageait le huis clos par défaut pour ses séances, ce point sera modifié par la commission judiciaire ;
- *Information du public* (art. 16-23) ; principe de la transparence active qui n'a fait l'objet que de quelques ajustements lors de la révision de 2008 sur la protection des données<sup>40</sup> ;
- *Accès aux documents* (art. 24-29) ; principe de la transparence avec les exceptions de l'art. 26, principe de proportionnalité avec l'accès partiel ou différé au lieu du refus et procédure d'accès globalement identique à celle prévalant dans le droit actuel ;
- *Médiateur* (art. 30-32) ; il s'agit peut-être du chapitre qui a le plus changé mais cette situation s'explique très largement par la réforme de 2008 sur la protection des données<sup>41</sup> qui a conduit à l'institution du préposé à la protection des données et à la transparence. Cela dit, le projet de loi 8356 contient déjà la procédure de recommandation et le délai de dix jours après cette dernière, fixé à l'autorité, pour rendre la décision sur le droit d'accès ;
- *Médias* (art. 33-37) ; ce chapitre sera retravaillé par la commission, notamment au regard de l'exigence d'accréditation ;
- *Voies de droit* (art. 38-39) ; le projet de loi prévoit déjà le droit de la juridiction administrative d'accéder aux documents concernés par la demande d'accès faisant l'objet du recours et limite l'objet de celui-ci à la décision rendue à la suite de la recommandation ;
- *Dispositions finales et transitoires* (art. 40-43) ; il est prévu que le Conseil d'État fixe la date d'entrée en vigueur mais la commission fixera directement dans la loi l'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> mars 2002.

La commission consacre 16 séances à l'examen du projet de loi, du 23 novembre 2000 au 16 septembre 2001, durant lesquelles la chancellerie d'État apporte son concours, par le biais de son directeur des affaires juridiques<sup>42</sup>. La commission procède à trois lectures du texte<sup>43</sup>. Le rapport de la commission est déposé le 18 septembre 2001, soit un peu moins d'une année après le renvoi

---

40 Voir n. 57.

41 Voir n. 57.

42 Voir n. 44, p. 1.

43 Voir n. 44, p. 3.

du projet de loi<sup>44</sup>. La commission garde la structure générale du projet du Conseil d'État tout en apportant un nombre relativement important de modifications, mais qui ne remettent pas en question les principes posés par le projet. Parmi ces modifications, les points suivants peuvent être mentionnés :

- Reformulation et précisions des buts de la loi, notamment en mentionnant le principe des dérogations possibles au droit d'accès, avec deux exemples (protection des données et limite d'accès aux procédures judiciaires). Cette disposition sera ensuite reformulée lors de la modification de 2008 relative à la protection des données<sup>45</sup> et sera simplifiée pour ne plus mentionner que le but de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique<sup>46</sup>.
- Reformulation du champ d'application, notamment par la suppression de la délégation législative au Conseil d'État pour désigner les « personnes morales et autres organismes de droit privé détenus majoritairement par l'État » ainsi que « les délégataires de tâches de droit public cantonal ou communal » et l'introduction des critères directement dans la loi<sup>47</sup>.
- Définition des notions de séances « publiques », « non publiques » et « à huis clos » avec les conséquences attachées à chaque situation quant à la participation de tierces personnes et au droit d'accès. La commission fait également passer les séances du Conseil d'État (ainsi que celles des exécutifs communaux) de « huis clos » à « non publiques »<sup>48</sup>. Cette situation a pour corollaire que « selon les dispositions réservées au sens de l'art. 26 al. 4, le procès-verbal des séances du Conseil d'État ou des conseils administratifs n'est pas public », par le biais de l'ajout d'un art. 5 dans la loi sur l'exercice des compétences du Conseil d'État et l'organisation de l'administration (LECO, B 115)<sup>49</sup>.
- Dans la liste des exceptions de l'art. 26 al. 2, retrait de l'exception du « bon fonctionnement de l'institution » afin d'éviter une interprétation trop extensive, la notion pouvant au surplus être appréhendée par le biais de la clause générale de l'intérêt prépondérant de l'al. 1 ou par d'autres exceptions figurant à l'al. 2<sup>50</sup>.

---

44 Rapport de la Commission judiciaire chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'État sur l'information du public et l'accès aux documents (LIPAD), site Internet du Grand Conseil, <https://perma.cc/63KV-Y5X5>.

---

45 Voir n. 57.

---

46 Voir n. 44, p. 5.

---

47 Voir n. 44, p. 5-7.

---

48 Voir n. 44, p. 8-14.

---

49 Voir n. 44, p. 11.

---

50 Voir n. 44, p. 20-21.

- Adjonction d'un suppléant au médiateur, fonction non prévue par le projet du Conseil d'État<sup>51</sup>, qui deviendra « adjoint » lors de la révision du 20 septembre 2013<sup>52</sup>.
- Renonciation à un système généralisé d'accréditation des journalistes professionnels pour toutes les institutions soumises à la loi, le droit à l'information devant être reconnu aux médias eux-mêmes et aux journalistes indépendants, ainsi que possibilité offerte à chaque institution d'instaurer un système d'accréditation afin de mettre les journalistes au bénéfice de facilités supplémentaires<sup>53</sup>.
- Fixation directement dans la loi de sa date d'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> mars 2002, à la place de la clause habilitant le Conseil d'État à fixer ladite date<sup>54</sup>.

Le rapport de la commission est traité lors de la dernière session du Grand Conseil de la législature 1997-2001, à la séance du 5 octobre 2001<sup>55</sup>. Le projet de loi issu des travaux de commission ne sera pas modifié substantiellement. Un amendement à l'art. 26 al. 4 (exclusion du droit d'accès) remplacera toutefois le texte initial « [...] à la communication desquelles une norme de droit fédéral ou cantonal fait obstacle » par « [...] à la communication desquelles *le droit fédéral ou une loi cantonale* fait obstacle », afin de préciser que la norme cantonale est une loi<sup>56</sup>. Un autre amendement purement technique sera également voté. La loi est ensuite acceptée en trois débats.

La LIPAD est donc née, un peu plus de 24 ans après le dépôt de la motion 4808! Comme prévu, elle entre en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002.

De son entrée en vigueur à ce jour, la LIPAD fera l'objet de 14 modifications. La plus importante conduit, en 2008 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2010), à l'intégration en son sein des règles relatives à la protection des données<sup>57</sup>. Cette solution n'était pas prévue par le Conseil d'État, son projet consistant en une loi spécifique sur la protection des données. C'est au cours de ses

---

51 Voir n. 44, p. 23.

52 Loi 11036 modifiant la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD), ROLG 2013, p. 668. Pour les travaux parlementaires, voir le site Internet du Grand Conseil, <https://perma.cc/C4N2-CC6C>.

53 Voir n. 44, p. 25.

54 Voir n. 44, p. 29. Le rapport mentionne le 1<sup>er</sup> mars 2000, très certainement par une erreur de plume.

55 MGC 2001/X, p. 9678-9784. Voir également le site Internet du Grand Conseil, <https://perma.cc/FFP5-EMSH>.

56 MGC 2001/X, p. 9749.

57 Loi 9870 modifiant la loi sur l'information du public et l'accès aux documents (LIPAD), ROLG 2008, p. 824. Pour les travaux parlementaires, voir le site Internet du Grand Conseil, <https://perma.cc/6FEM-BZ6Q>.

travaux que la commission judiciaire et de la police décidera de tout réunir en une seule loi. Dans ce cadre, le volet « transparence » ne subit toutefois pas de modifications substantielles, mais la révision législative conduit à l'institution du préposé à la protection des données et à la transparence, en remplacement de la fonction de médiateur, ainsi qu'à la création de la commission consultative en matière de protection des données, de transparence et d'archives publiques, chargée notamment de donner son avis sur tout objet concernant la transparence et d'encourager une politique dynamique et coordonnée dans ce domaine<sup>58</sup>.

Les autres modifications ne changeront pas les fondements du système qui avait été institué en octobre 2001.

## VI. En guise de conclusion

Ce voyage à travers les travaux parlementaires ayant abouti à la LIPAD conduit à trois constatations.

La première concerne le siège de la matière. À l'inverse par exemple du canton de Berne, qui a consacré le droit à l'information et le droit d'accès aux documents dans sa constitution du 6 juin 1993 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1996)<sup>59</sup>, les débats à Genève ont presque toujours porté sur l'institution de règles de transparence au niveau législatif. D'ailleurs, les deux premiers projets de loi présentés par des membres du Grand Conseil n'avaient pas pour objet une modification constitutionnelle. Si elle avait une disposition sur la liberté de la presse<sup>60</sup>, la constitution de 1847 ne prévoyait pas, en tant que tel, de droit à l'information et à l'accès aux documents. L'assemblée constituante l'introduira dans la constitution du 14 octobre 2012 par le biais de l'art. 28, lequel constituera *a posteriori* la base constitutionnelle de la LIPAD. La mise en œuvre de l'article 28 Cst.-GE avait donc été anticipée de près de dix ans !

La deuxième constatation concerne les autorités. Si le Grand Conseil et des membres de celui-ci sont très clairement à l'origine des impulsions ayant conduit à l'adoption de la LIPAD ou ont d'une façon ou d'une autre œuvré au processus qui y a conduit, la préparation et la concrétisation de la législation sur la transparence viendront du Conseil d'État et, à travers lui, de l'administration cantonale. Les deux projets de loi de membres du Grand Conseil n'aboutiront pas et la commission judiciaire estimera plus judicieux, à l'issue

---

58 Art. 59 LIPAD.

59 Art. 17 al. 3 et Art. 70 Constitution du canton de Berne (101.1)

60 Art. 8 aCst.-GE.

de ses travaux sur la *motion 762*, de mandater le Conseil d'État en vue de la rédaction des dispositions législatives nécessaires.

La troisième constatation concerne la vision des personnes à l'origine des impulsions. Il est en effet assez extraordinaire de constater que les différents textes contiennent déjà tout ou partie, certes parfois en des termes différents, des éléments fondamentaux qui sous-tendent aujourd'hui la LIPAD dans le domaine de la transparence : le principe d'information et d'accès aux documents, nécessairement limité par des exceptions, lesquelles doivent être justifiées par des intérêts privés ou public prépondérants.

Finalement, après 20 ans d'application de la LIPAD, on constate que la pratique et la jurisprudence interprètent très largement le droit d'accès et restrictivement les exceptions. On peut certainement s'en réjouir, mais on peut aussi se demander s'il ne conviendrait pas, pour éviter presque systématiquement l'issue judiciaire, de réfléchir à des moyens de simplification de la mise en œuvre de la transparence. Parmi eux, la précision expresse dans les lois spéciales de certaines limites au droit d'accès à la LIPAD constitue certainement une piste intéressante. Ces limites deviendraient des exceptions au sens de son art. 26 al. 4, et il ne serait plus nécessaire de devoir examiner le bien-fondé d'une demande dans chaque cas d'espèce. Cette piste permettrait d'éviter les incertitudes et le risque de longues procédures judiciaires qui en découleraient. La réflexion mérite assurément d'être menée dans une perspective de développement de la transparence par le biais de la consolidation de la sécurité juridique.

## VII. Repères historiques

16.09.1977	Proposition de motion de M. René Longet sur l'accès aux informations détenues par l'administration (N°4808) Proposition renvoyée en commission	MGC 1977/V, p. 4288-4296
26.04.1979	Rapport de la commission chargée d'examiner la motion de M. René Longet sur l'accès aux informations détenues par l'administration (M 4808-A) Motion renvoyée au Conseil d'État	MGC 1979/II, p. 1236-1245
06.11.1981	Rapport du Conseil d'État sur la motion de René Longet concernant l'accès aux informations détenues par l'administration	MGC 1981/V, p. 4728-4742
11.05.1984	Projet de loi sur la publicité des documents officiels (Proposition de Micheline Calmy-Rey et Christiane Brunner) (PL 5593) Projet rejeté	MGC 1984/II, p. 2319-2343

28.11.1991	<p>Projet de loi de MM. Michel Balestra, Nicolas Brunschwig et Charles Poncet sur la liberté d'information (PL 6761)          Proposition de motion de Mmes Claire Torracinta-Pache et Christine Sayegh sur l'information du public (M 762)</p> <p>Projet de loi et proposition de motion renvoyés en commission.</p> <p>Pétition 955 «Droit de questionner avec obligation de réponse»          Renvoyée à la commission chargée de traiter le PL 6761 et la M 762</p>	<p>MGC 1991/V, p. 5118-5147</p> <p>MGC 1998/VI, p. 5430-5432</p>
23.10.1998	<p>Rapport de la commission judiciaire chargée d'étudier la proposition de motion 762 sur l'information du public et la pétition 955          Motion renvoyée au Conseil d'État          Pétition déposée sur le bureau du Grand Conseil à titre de renseignement  <a href="https://perma.cc/5T78-DXD3">https://perma.cc/5T78-DXD3</a></p>	<p>MGC 1998/VI, p. 5420-5439</p>
09.10.2000	<p>Projet de loi du Conseil d'État sur l'information du public et l'accès aux documents (A 2 08) (PL 8356)          Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil sur la motion 762 de Mmes Claire Torracinta-Pache et Christine Sayegh sur l'information du public          Projet de loi renvoyé à la commission judiciaire et de la police le 26 octobre 2000  <a href="https://perma.cc/9HEN-QTWZ">https://perma.cc/9HEN-QTWZ</a></p>	<p>MGC 2000/VIII, p. 7641-7714</p>
18.09.2001	<p>Dépôt du rapport de la Commission judiciaire chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'État sur l'information du public et l'accès aux documents (LIPAD)  <a href="https://perma.cc/63KV-YXS5">https://perma.cc/63KV-YXS5</a></p>	
05.10.2001	<p>Débat du Grand Conseil sur le rapport de la commission judiciaire chargée d'étudier le PL 8365          Vote de la LIPAD en trois débats  <a href="https://perma.cc/Q6LE-NELE">https://perma.cc/Q6LE-NELE</a></p>	<p>MGC 2001/X, p. 9678-9784          ROLG 2001, p. 1116</p>
01.03.2002	<p>Entrée en vigueur de la LIPAD</p>	
09.10.2008	<p>Loi 9870 modifiant la LIPAD          Intégration de la protection des données          Institution du préposé à la protection des données et à la transparence et de la commission consultative en matière de protection des données, de transparence et d'archives publiques          Voir les pages du site Internet du Grand Conseil  <a href="https://perma.cc/6FEM-BZ6Q">https://perma.cc/6FEM-BZ6Q</a></p>	<p>ROLG 2008, p. 824</p>
01.01.2010	<p>Entrée en vigueur de la loi 9870</p>	<p>ROLG 2009, p. 850</p>



Anaïs Fontaine / Bastien von Wyss

# 20 ans d'utilisation de la LIPAD par les journalistes

---

<b>Introduction</b> .....	21
---------------------------	----

---

<b>I. Description et analyse de cas</b> .....	22
<b>A. Demandes d'accès sans procédure</b> .....	22
1. Test transparence auprès du canton, Tribune de Genève, 2002 .....	22
2. Liste des communes pour les centres de requérants genevois, Tribune de Genève, 2002 .....	23
3. Test transparence auprès des communes, Tribune de Genève, 2002 .....	24
4. Montants gagnés par les élus municipaux genevois, Bilan, 2007 .....	24
5. Indemnités et frais des magistrats communaux, CanalOnex, 2013 .....	25
6. Coût d'un projet de nouvelle grille salariale, Le Courrier, 2014 .....	25
7. Chiffres sur les détournements de cotisations sociales, Tribune de Genève, 2018 .....	26
8. Directives VIP de la police, 20 minutes, 2018 .....	26
9. Agenda des conseillers d'État du 7 au 13 octobre, Léman Bleu, 2019 .....	26
<b>B. Demandes d'accès ayant fait l'objet d'une recommandation</b> .....	27
1. Convention Naxoo, Le Courrier, 2012 .....	27
2. Ordonnances pénales, chroniqueur judiciaire, 2013 .....	28
3. Mandats de coaching à l'Office cantonal de la détention, journaliste indépendant, 2013 .....	29
4. Emplois de solidarité, Le Courrier, 2013 .....	30
5. Application Activéco, Tribune de Genève, 2014 .....	31
6. Voyage d'un conseiller d'État, média non identifié, 2018 .....	31

7. Procès-verbaux de délibérations dans le cadre de marchés publics, média non identifié, 2018 .....	32
<b>C. Demandes d'accès ayant fait l'objet d'un arrêt cantonal</b> .....	<b>33</b>
1. Conséquences relatives à l'annulation d'un licenciement de la commune de Chancy par le TF, Tribune de Genève, 2014 ..	33
2. Accès aux directives et budgets de la police en lien avec la rémunération des informateurs, RTS, 2017 .....	34
3. Rapport d'audit sur les frais professionnels de la Ville de Genève, Tribune de Genève, 2019 .....	35
4. Toute décision sur amende prononcée par ses services à l'encontre d'un ancien conseiller d'État, Le Temps, 2020 ....	36
<b>D. Demandes d'accès ayant fait l'objet d'un arrêt du Tribunal fédéral</b> .....	<b>37</b>
1. Convention OSR, RTS, 2013 .....	37
2. Procès-verbaux de séances du comité de la Caisse de prévoyance de l'État de Genève (CEPG), Le Temps, 2020 .....	38
<b>E. Quelques observations autour de ces cas</b> .....	<b>40</b>
<hr/>	
<b>II. Conseils, recommandations et bonnes pratiques pour l'utilisation de la LIPAD par les journalistes</b> .....	<b>40</b>
<b>A. En préambule</b> .....	<b>40</b>
<b>B. Avant la demande</b> .....	<b>41</b>
1. Recherches préliminaires .....	41
2. Objet de la demande en transparence .....	41
3. Les coulisses de la démarche .....	42
4. Journalisme, un métier relationnel .....	42
<b>C. En cours de procédure</b> .....	<b>43</b>
1. Recalibrage de la demande .....	43
2. Une pléthore d'exceptions .....	43
3. Les délais dans la procédure LIPAD .....	43
4. Accepter un <i>deal</i> ? .....	44
5. Procédure judiciaire en parallèle .....	45
6. Que faire en cas de demandes simultanées par différents médias? .....	45
7. Le document demandé n'existe pas .....	46
<b>D. Au moment de la publication</b> .....	<b>46</b>
1. Faut-il publier le document obtenu? .....	46
2. La transparence dans la transparence .....	46
<hr/>	
<b>Conclusion</b> .....	<b>47</b>

## Introduction

L'information publique concernant le fonctionnement des institutions est un fondement de la démocratie. Le but de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD) le rappelle : cette information est nécessaire pour « favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique »<sup>1</sup>. Le rapport explicatif sur le projet de la LIPAD précise à ce propos : « En raison de l'importance que les collectivités publiques ont prises [sic] 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. »<sup>2</sup> Les journalistes ont un rôle crucial à jouer dans la réalisation de ce but. C'est en mettant le fonctionnement de l'activité des administrations en exergue dans les médias et en favorisant le débat que la démocratie peut rester vivante. S'intéresser au fonctionnement des institutions permet aux journalistes d'exercer leur indispensable rôle de « chiens de garde de la démocratie » reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH)<sup>3</sup>. Ils questionnent les pratiques de l'administration, mais mettent aussi en lumière son travail.

La LIPAD ne réserve cependant aux journalistes que peu d'avantages spécifiques<sup>4</sup>. Ceux-ci ne concernent pas l'accès aux documents, objet de cette contribution. Cela s'explique par le fondement même du droit d'accès aux documents qui est « reconnu à chacun, sans restriction liée par exemple à la nationalité, au domicile, à l'âge ou à la démonstration d'un intérêt digne de protection du requérant [...]. Dès lors qu'un document doit être considéré comme accessible à une personne en vertu de ce principe de transparence [...], il n'y a pas de raison d'en refuser l'accès à d'autres personnes, conformément à l'axiome couramment exprimé en anglais par les mots *« access to one – access to all »*. »<sup>5</sup>

Les journalistes font un usage régulier de cet outil et sont traités comme tout autre citoyen-demandeur. C'est sur cette pratique que nous nous penchons dans cette contribution.

---

1 Art. 1 de la Loi genevoise sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD ; A2 08).

2 CONSEIL D'ÉTAT/GE, Rapport au Grand Conseil sur la motion de Mmes Claire Torracinta-Pache et Christine Sayegh sur l'information du public. Séance du 17 novembre 2000, 17 h. M 762-B.

3 COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (COUREDH), Goodwin c. Royaume-Uni du 27 mars 1996 - 17488/90[GC].

4 Art. 31 et 32 LIPAD.

5 CONSEIL D'ÉTAT/GE, Rapport «LIPAD» (n. 2), p. 59.

Dans la première partie (I.), nous décrirons et commenterons des sujets journalistiques réalisés grâce à la LIPAD ces vingt dernières années, ainsi que les procédures d'accès menées par des médias à Genève.

Dans la deuxième partie (II.), nous développerons, sur la base des cas étudiés, quelques conseils et recommandations pour une utilisation efficace et responsable du principe de transparence par les professionnels des médias.

Dans le cadre de cette contribution, nous nous sommes basés sur des articles de presse et des recommandations du bureau des préposés à la transparence genevois, menant parfois à des arrêts au niveau cantonal voire fédéral, où le demandeur est clairement identifiable en tant que journaliste.

Malgré une analyse minutieuse des publications de 2002 à aujourd'hui, nous ne prétendons pas être exhaustifs. Certaines publications journalistiques ont probablement utilisé le principe de transparence sans le mentionner explicitement ou sans que nous l'ayons décelé. De même, une demande journalistique n'est pas toujours reconnaissable lors de l'analyse d'une recommandation ou de la jurisprudence.

## **I. Description et analyse de cas**

### **A. Demandes d'accès sans procédure**

#### **1. Test transparence auprès du canton, Tribune de Genève, 2002<sup>6</sup>**

En cette première année d'entrée en vigueur de la LIPAD, les journalistes de la Tribune de Genève effectuent des tests pour mettre l'administration à l'épreuve face à ce changement de paradigme. En septembre 2002, ce journal réalise un « test transparence » en sollicitant les sept départements cantonaux avec deux questions pour chacun : une identique, sur les salaires des hauts fonctionnaires et une spécifique, propre à chaque département. Un délai très court est fixé : la demande est faite un vendredi et la réponse est attendue pour le mardi soir suivant.

Concernant les salaires, les départements se sont concertés et les journalistes ont reçu des indications générales sur les classes salariales appliquées, mais pas les salaires nominatifs, informations qui nécessiteraient l'accord des intéressés selon l'administration.

Les autres demandes, spécifiques à chaque département, ont trait à des rapports et des statistiques précises. Relevons que certaines demandes concernent bien des documents, par exemple « un rapport [...] sur les salaires

---

6 LAURENCE BÉZAGUET et al., La « Tribune » met l'État à l'épreuve de la transparence, Tribune de Genève du 9 octobre 2002, p. 24.

dans les écoles privées », mais d'autres semblent plutôt être des demandes d'informations, comme le nombre de « poursuites [...] diligentées par le comité de surveillance des communes à l'encontre de magistrats dans le canton ».

Les réponses sont jugées « disparates » par le journal. Dans son compte rendu, la Tribune de Genève donne quelques éléments sur les informations obtenues et dévoile aussi les coulisses de ces demandes d'accès, encore inédites à l'époque. Des explications didactiques sur la LIPAD montrent qu'elle est un outil à disposition de toutes et tous. Il y a donc une visée de pédagogie citoyenne associée à ce test transparence.

Certaines réponses n'ayant pas complètement satisfait les journalistes-demandeurs, la Tribune de Genève annonce vouloir faire appel à la médiatrice. Nous n'avons toutefois pas trouvé de recommandations sur ces cas dans les archives de la médiatrice auxquelles nous avons eu accès.

*Ce test démontre à la fois la perception par les journalistes du grand potentiel du droit d'accès aux documents pour leur mission d'information, la bonne volonté des administrations à tenter de répondre au mieux, mais aussi les difficultés à formuler les demandes et à y répondre de manière satisfaisante. Le tâtonnement est perceptible, de part et d'autre<sup>7</sup>.*

## 2. Liste des communes pour les centres de requérants genevois, Tribune de Genève, 2002<sup>8</sup>

En 2002, la Tribune de Genève titre « Six nouveaux foyers pour requérants sont planifiés par le canton ». Elle précise à cet égard que les quatre communes choisies par le conseiller d'État genevois en charge du Département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (DAEL) ont été dévoilées grâce à la LIPAD. Le conseiller d'État a préféré dans un premier temps ne pas rendre publique la liste en expliquant que cela effaroucherait inutilement la population, car certains projets seraient peut-être abandonnés (initialement la liste comptait une quinzaine de sites). Le journaliste spécifie que, quelques jours plus tard, alors que la Tribune de Genève interpellait le conseiller d'État dans le cadre de son test transparence<sup>9</sup>, ce dernier a changé d'avis.

*L'opération de la Tribune de Genève, aux balbutiements de la loi, semble porter ses fruits.*

---

7 Après chaque cas, les auteurs proposent en italique un bref commentaire.

8 ÉRIC BUDRY, Six nouveaux foyers pour requérants sont planifiés par le canton, Tribune de Genève du 10 octobre 2002, p. 23.

9 Cf. I.A.1. Test transparence auprès du canton, Tribune de Genève, 2002.

### 3. Test transparence auprès des communes, Tribune de Genève, 2002<sup>10</sup>

Après le test transparence au niveau des départements cantonaux<sup>11</sup>, la Tribune de Genève a envoyé une même demande à toutes les mairies du canton (hormis la Ville de Genève) avec trois requêtes : la position de la commune par rapport aux pédibus, la liste des trois crédits les plus importants votés en 2002 et enfin l'ordre du jour et les documents relatifs au prochain conseil municipal.

Dans sa publication qui détaille les résultats de ce test auprès des collectivités locales, le journal déplore un résultat décevant : après quatre semaines, 22 communes sur 44 n'ont fourni aucune ou quasiment pas d'information. Les communes sont listées dans des catégories des plus transparentes aux moins transparentes. Deux questions surgissent : que faire quand la réponse indique que le document n'existe pas et comment réagir en cas de non-réponse ?

Le contenu des réponses n'est pas exploité, sauf la question sur les pédibus qui fait l'objet d'un article séparé<sup>12</sup>.

L'article principal est suivi d'un commentaire qui se termine par la mise en exergue d'un malentendu qui semble perdurer jusqu'à aujourd'hui : le maire d'une commune semble interpréter la demande d'accès comme du « mépris pour le travail de l'administration communale ». Le journaliste rétorque qu'au contraire il s'agit d'un intérêt pour le fonctionnement de la commune.

*S'il est compréhensible que les administrations découvrent le principe de transparence dans la première année d'application de la loi, espérons que, 20 ans après, les collectivités perçoivent l'intérêt général que représente une démocratie ouverte et transparente. Les demandes d'accès – des journalistes notamment – pourraient être comprises comme ayant pour but un rapprochement des administrations et du public ainsi qu'une augmentation de la confiance en celles-ci et non comme une défiance.*

### 4. Montants gagnés par les élus municipaux genevois, Bilan, 2007<sup>13</sup>

Après cinq ans d'application de la LIPAD, le magazine Bilan dresse le constat suivant dans un encadré : « Une transparence mal en point » en faisant état que « [...] force est de constater que la LIPAD n'est pas encore entrée dans les mœurs » lorsqu'il demande les montants gagnés par les élus municipaux,

---

10 XAVIER FARINELLI, Une commune sur deux refuse le jeu de la transparence, Tribune de Genève du 21 décembre 2002, p. 21.

11 Cf. I.A.1. Test transparence auprès du canton, Tribune de Genève, 2002.

12 XAVIER FARINELLI, Le Pédibus n'a pas fait encore beaucoup de petits, Tribune de Genève du 5 décembre 2002, p. 25.

13 JEAN-RAPHAËL FONTANNAZ, Combien gagnent les élus municipaux : Genève, Bilan du 24 octobre 2007, p. 98.

chiffres pourtant publiés dans les comptes des communes. L'article mentionne que certaines municipalités ont répondu non « par principe » ou qu'un maire « [...] a décidé de refuser d'autorité » avant de se rétracter « face aux rappels » et à la mention de la LIPAD. Enfin, le journal explique en toute transparence que « Les plus réticents se sont laissé amadouer après qu'on leur eut promis un encadré spécial : « Mais qu'ont-ils donc à cacher ? » ». Bilan a tout de même obtenu « à force d'insistance » les chiffres de toutes les communes de plus de 2000 habitants pour déterminer lesquelles étaient les plus économes ou généreuses.

*Cinq ans après l'entrée en vigueur de la loi, le principe de la transparence n'est pas encore ancré au niveau municipal, mais la ténacité des journalistes permet tout de même d'obtenir des résultats. Les journalistes jouent un rôle de pionniers.*

#### 5. Indemnités et frais des magistrats communaux, CanalOnex, 2013<sup>14</sup>

Dans une enquête de CanalOnex portant sur les indemnités et frais des magistrats communaux, la journaliste a dû brandir la LIPAD pour obtenir les documents dans certaines communes. Onex et Carouge ont été réticentes à donner le détail des comptes de leurs magistrats dans un premier temps. Mais finalement, Carouge a fourni de manière exhaustive les frais remboursés sur facture de l'exécutif communal et Onex a déclaré qu'un tel document n'existait pas. La journaliste constate que « Bien qu'il s'agisse ici d'argent public et de personnes élues, il semble y avoir une grande réticence de la part des municipalités à la transparence » et que « Les autorités communales n'aiment apparemment pas que l'on vienne fouiller dans leurs comptes ».

*À nouveau, ce cas illustre une certaine méfiance dont peuvent faire preuve certaines administrations face aux demandes de documents officiels de la part de journalistes.*

#### 6. Coût d'un projet de nouvelle grille salariale, Le Courrier, 2014<sup>15</sup>

Le journaliste indique avoir invoqué la LIPAD pour que le conseiller d'État en charge lui transmette le montant déboursé pour un mandat confié à une société de consulting zurichoise.

*Ici, la transparence semble simplement lever les doutes : « [...] le secret qui avait entouré cette information avait alimenté les craintes. » Après communication des éléments, le mandat « semble raisonnable », d'après le journaliste, pour*

---

14 CANAL ONEX, Indemnités et frais des magistrats communaux, c'est le flou! (<https://www.dailymotion.com/video/x16dmvd>) du 24 octobre 2013.

15 RACHAD ARMANIOS, Projet SCORE: le mandat externe payé 1,5 million, Le Courrier du 14 février 2014.

*un travail conséquent réalisé en trois ans. Un des buts de la transparence qui est d'améliorer la confiance dans les institutions<sup>16</sup>, semble ici bien illustré.*

### **7. Chiffres sur les détournements de cotisations sociales, Tribune de Genève, 2018<sup>17</sup>**

Dans un sujet sur les différences de sévérité des autorités cantonales vaudoises et genevoises lors de détournements de cotisations sociales, l'autorité genevoise, moins sévère, ne souhaitait pas dévoiler ses statistiques pour ne pas inciter les employeurs à la fraude. La journaliste explique qu'après avoir invoqué la LIPAD, les chiffres ont été communiqués.

*La transparence permet ici de montrer et questionner des pratiques différentes entre deux cantons.*

### **8. Directives VIP de la police, 20 minutes, 2018<sup>18</sup>**

Dans cet exemple simple et concret, le journaliste demande la directive de la police portant sur le traitement des données policières lorsqu'une personne VIP est concernée. L'utilisation de la LIPAD pour obtenir le document est mentionnée au fil du texte. À noter qu'aujourd'hui, cette directive est publiée activement par la police<sup>19</sup>.

*La demande d'accès au document a peut-être contribué à modifier la pratique de publication de l'autorité qui est devenue pro-active.*

### **9. Agenda des conseillers d'État du 7 au 13 octobre, Léman Bleu, 2019<sup>20</sup>**

« Comment les ministres genevois travaillent-ils au quotidien ? ». En dépit d'« une certaine réticence au début », les conseillers d'État ont consenti à dévoiler l'accès à une semaine de leur emploi du temps à la chaîne de télévision Léman Bleu. Ils ont eu l'occasion de commenter leurs agendas, du 7 au 13 octobre 2019, qui sont désormais disponibles sur le site de la chaîne genevoise.

La journaliste explique les coulisses de son enquête en précisant qu'initialement elle avait fait une demande pour un mois d'agenda des conseillers

---

16 Cf. par exemple art. 1 al. 2 de la Loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents du 1<sup>er</sup> janvier 2011 (LInfRSF 17.5).

---

17 SOPHIE SIMON, Patrons mauvais payeurs : Vaud plus dur que Genève, Tribune de Genève du 17 août 2018, p. 3.

---

18 JÉRÔME FAAS, La directive de la police qui protège l'identité des VIP, 20 minutes online du 2 septembre 2019 (<https://perma.cc/4MEG-9K84>).

---

19 POLICE CANTONALE GENEVOISE, Directive de police – DS OSI.02.04 – Gestion des affaires sensibles, 19 juillet 2017 (<https://perma.cc/46C7-VYXW>).

---

20 CÉLINE ARGENTO, Nos conseillers d'État dévoilent leur agenda, Léman bleu du 14 novembre 2019 (<https://perma.cc/7M5P-LGKM>).

d'État et qu'on lui avait dit que c'était très compliqué en raison des caviardages. Elle réduit finalement sa demande à une semaine. Sur le principe, les conseillers d'État sont plutôt favorables, à la condition que l'agenda puisse être discuté en tête-à-tête. La journaliste a réalisé des interviews dans lesquels elle a notamment demandé si certains conseillers d'État étaient favorables ou défavorables au fait de donner cet agenda lorsqu'elle a effectué la demande. L'un explique qu'il était plutôt dans les sceptiques, car il trouve qu'aujourd'hui dans le lien entre le politique et la presse tout est exploité et ce faisant les choses sont souvent sorties de leur contexte, notamment sur les réseaux sociaux, en dehors d'un regard plus général. En fin de compte, il trouve que la demande en soi est légitime. L'autre indique qu'elle ne peut être défavorable car on doit donner l'agenda. Elle s'interroge sur l'objectif de la démarche : est-ce que c'est savoir si les conseillers d'État travaillent assez ou simplement de comprendre le fonctionnement d'un conseiller d'État ? Elle précise que « [...] il n'y a pas de souci à donner ce genre d'information, on peut très bien mettre les initiales ou ne pas donner les détails si on ne veut pas savoir qui on a rencontré ».

La journaliste conclut sur une note positive en faisant référence à une précédente enquête de la Radio Télévision Suisse (RTS) en 2018 qui avait cherché à avoir accès à plusieurs agendas des conseillers d'État de Suisse romande en précisant que cela avait été accueilli très froidement car peu avaient répondu favorablement<sup>21</sup>.

*Le Conseil d'État genevois a joué le jeu de la transparence avec Léman Bleu. Ce sujet, explicatif, donne une idée concrète du fonctionnement des conseillers d'État et de l'étendue des tâches qu'ils doivent assumer. Contrairement aux craintes exprimées, c'est un bel exemple de rapprochement entre autorités et citoyens grâce à la transparence : l'accès aux documents permet de dévoiler les coulisses sans nécessairement mettre le doigt sur des dysfonctionnements par exemple.*

## **B. Demandes d'accès ayant fait l'objet d'une recommandation**

### **1. Convention Naxoo, Le Courrier, 2012<sup>22</sup>**

La Ville de Genève, actionnaire majoritaire de son télé-réseau, a signé en 2006 une « convention d'actionnaires » avec l'actionnaire minoritaire, UPC Cablecom. En 2012, il est question pour la Ville de vendre ses parts à cet acteur privé. Dans le débat, la convention d'actionnaires prend une réelle importance car elle octroie des droits – notamment de rachat – à l'actionnaire minoritaire.

---

21 CÉCILE TRAN-TIEN, Le document du journal s'intéresse aux agendas publics officiels et au manque de transparence des hommes et des femmes politiques, 19h30 du 14 octobre 2018 (<https://perma.cc/FCR8-QQZY>).

22 PPDT/GE, Recommandation du 9 juillet 2012 en l'affaire Ville de Genève c. T.

La procédure d'accès est initiée par un journaliste du Courrier qui porte le cas devant les préposées cantonales suite au refus du Conseil municipal. Ce dernier invoque plusieurs exceptions, dont une clause de confidentialité contenue dans la convention.

Dans sa recommandation, la préposée cantonale examine et écarte tour à tour les douze exceptions de la LIPAD<sup>23</sup>. Le secret d'affaires n'est par exemple pas retenu car l'essentiel de la convention a déjà été divulgué devant le législatif. Concernant la clause de confidentialité, cet argument est rapidement balayé : « [...] on peut constater que la clause de confidentialité n'empêche pas l'accès au document puisqu'elle réserve précisément – et à juste titre – une éventuelle obligation légale de révélation. C'est en l'occurrence par le biais de l'art. 26 LIPAD que l'on détermine si la communication doit se faire ou non. En l'espèce, le droit d'accès à la convention doit être accordé ».

Cette affaire a été traitée rapidement, puisque la demande d'accès date du 7 mai 2012 et la recommandation a été rendue le 9 juillet 2012, une tentative de médiation ayant échoué entre-temps. Cela montre qu'une procédure peut rapidement aboutir.

Le 6 août, la Ville a suivi la recommandation en publiant le document mais sans ses annexes. Ce point reste en suspens : la préposée avait demandé qu'elles soient aussi transmises, mais cela n'a pas été fait en même temps que la convention. L'article du Courrier<sup>24</sup> le précise : « Il faudra [...] attendre la divulgation des annexes pour y voir plus clair. » Sur la base des articles examinés, on ne sait pas si cela a été le cas.

*Dans cet exemple, la clause de confidentialité de la convention réserve l'obligation légale de révélation. C'est une solution qui permet de rappeler que selon la jurisprudence<sup>25</sup>, les clauses de confidentialité dans un contrat entre une administration et un privé ne font pas obstacle au principe de transparence, sans quoi cela permettrait de restreindre le champ d'application du principe de transparence de manière contraire à la volonté du législateur.*

## 2. Ordonnances pénales, chroniqueur judiciaire, 2013<sup>26</sup>

Cette affaire ne porte pas sur un document spécifique, mais sur une demande de principe : un chroniqueur judiciaire souhaite avoir accès aux ordonnances pénales rendues entre juillet et août 2012. Le pouvoir judiciaire refuse l'accès

---

23 Art. 26 al. 2 LIPAD.

24 TOGNI MARIO, La Ville change son fusil d'épaule et publie la convention Naxoo, Le Courrier du 6 août 2012.

25 COTTIER BERTIL, Le droit d'accès aux documents officiels, in : Sylvain Métille (édit.), Le droit d'accès, Lausanne, 2021, 139-161, p. 156.

26 PPDT/GE, Recommandation du 27 mai 2013 en l'affaire C. c. Pouvoir judiciaire.

en invoquant le travail disproportionné qu'occasionnerait l'anonymisation de près de 800 ordonnances pénales. Dans sa recommandation, la préposée constate qu'une disposition de la LIPAD au sujet de l'information active prévoit expressément que les décisions du pouvoir judiciaire sont accessibles au public sous forme anonymisée<sup>27</sup> et que la notion de travail disproportionné n'intervient qu'en matière d'information passive.

Finalement, une solution pragmatique est trouvée : la préposée recommande au pouvoir judiciaire de transmettre les décisions de manière non anonymisée avec une garantie de confidentialité, sauf pour les personnalités publiques.

*Cette solution a priori intéressante pose plusieurs questions : Elle semble aller à l'encontre du principe « access to one, access to all » en imposant une garantie de confidentialité au demandeur. Le principal problème est bien là : si un citoyen déposait la même demande, pourrait-on aussi lui demander de garder cette confidentialité ? D'autre part, la notion de travail disproportionné peut-elle dispenser une autorité judiciaire de rendre accessibles toutes ses décisions au sens de l'art. 20 al. 4 LIPAD ?*

### 3. Mandats de coaching à l'Office cantonal de la détention, journaliste indépendant, 2013<sup>28</sup>

Dans cette affaire, un journaliste indépendant souhaite connaître la facture d'un coach externe qui a accompagné la directrice de l'Office cantonal de la détention pendant plusieurs mois.

Selon la recommandation des préposées, dans un premier temps, « Le département n'a pas répondu aux questions posées. » À la suite de la demande de médiation du journaliste, le département a indiqué que les informations souhaitées se trouvaient dans des documents déjà publiés. Ces derniers ne permettant pas de répondre aux questions posées, une médiation – qui n'a pas abouti – a eu lieu.

Dans sa recommandation, la préposée suppléante conclut que « Les honoraires des mandataires sont des documents publics et leur accès doit être accordé au requérant. »

La Tribune de Genève relate à deux reprises les rebondissements de la procédure, d'abord à la suite de la recommandation positive des préposées<sup>29</sup>, ensuite lorsqu'un recours auprès de la Chambre administrative de la Cour de

---

27 Art. 20 al. 4 LIPAD.

28 PPDT/GE, Recommandation du 7 novembre 2013 en l'affaire Département de la sécurité c. XX.

29 SOPHIE SIMON, L'État s'obstine au secret malgré un avis de droit, Tribune de Genève du 8 janvier 2014, p. 18.

Justice (CACJ) est introduit par le journaliste face au refus constant du département de divulguer ces documents<sup>30</sup>.

Finalement, la Tribune de Genève indique dans un court article que les documents ont été transmis, « grâce à l'accord du consultant [...] »<sup>31</sup> et publie le prix du coaching.

*On constate dans cette affaire que c'est surtout le refus de transmettre les documents qui a mis le département cantonal sous le feu des critiques en cours de procédure, plus que le montant du coaching finalement divulgué dans un bref article.*

#### 4. Emplois de solidarité, Le Courrier, 2013<sup>32</sup>

La journaliste dépose une demande d'information au département cantonal compétent au sujet des emplois de solidarité. Elle requiert notamment des listes de partenaires, l'intitulé des postes et la part des salaires assumée par l'État pour chaque partenaire.

Après un refus du département, principalement pour des raisons de secret d'affaires et de protection de la personnalité, une médiation est organisée. Cette dernière permet de fournir seulement une partie des informations. Une recommandation doit donc être rendue. La préposée recommande la transmission de toutes les informations demandées, sauf l'intitulé précis des postes « [...] de manière à ne pas permettre d'identifier les personnes au bénéfice d'un emploi de solidarité au sein d'une structure ». C'est donc bien l'argument de la protection de la sphère privée qui prend ici le dessus. Les chiffres sont fournis et Le Courrier les révèle dans un article détaillé<sup>33</sup>.

*Dans sa demande, la journaliste liste une série d'informations qu'elle souhaite obtenir. La préposée suggère que ces renseignements sont certainement contenus dans les conventions entre le département et les partenaires. L'identification des documents pertinents par la journaliste ou le département dès le dépôt de la demande aurait peut-être permis d'être plus efficace : rappelons que l'administration n'a pas le devoir de créer des documents pour le demandeur. Identifier les documents existants<sup>34</sup> est une vraie difficulté pour les journalistes d'autant plus qu'il n'existe pas, à Genève, de clause similaire à l'art. 3*

---

30 SOPHIE SIMON, Coût des coachs à l'État : recours déposé, Tribune de Genève du 4 février 2014, p. 19.

---

31 SOPHIE SIMON, Office de la détention : 337 000 francs de coachs, Tribune de Genève du 15 avril 2014, p. 16.

---

32 PPDT/GE, Recommandation du 5 décembre 2013 en l'affaire X c. Département de la solidarité et de l'emploi.

---

33 PAULINE CANCELA, Les emplois de solidarité ont coûté 27 millions en 2013, Le Courrier du 14 avril 2014.

---

34 L'art. 28 al. 1 LIPAD prévoit que le demandeur doit fournir des indications suffisantes pour permettre l'identification du document recherché.

*Otrans*<sup>35</sup> qui prévoit, au niveau fédéral, que l'administration assiste le demandeur dans sa démarche et le renseigne sur les documents existants.

### 5. Application Activéco, Tribune de Genève, 2014<sup>36</sup>

Un journaliste de la Tribune de Genève demande l'accès aux « coûts » de l'application des Services Industriels Genevois (SIG) « Activéco ». Cette application permet aux clients de réaliser des économies d'énergie. Dans sa recommandation, la préposée recommande un octroi aux documents concernés : les clauses de confidentialité contenues dans les contrats ne font pas obstacle à un accès en vertu de la LIPAD<sup>37</sup> et le risque de perte de compétitivité face aux éventuels concurrents n'est pas démontré. On comprend dans l'article publié<sup>38</sup>, après avoir obtenu les documents, que la Tribune de Genève tente de vérifier un chiffre estimatif avancé par un autre média en avril de la même année.

*Ici encore, l'accès est relativement rapide puisque l'article basé sur les documents est publié quatre mois après la demande d'accès, toute la procédure de médiation et recommandation ayant été effectuée. Dans l'article, le directeur général des SIG est interviewé avec une question sur la procédure puis des questions sur les éléments révélés dans le document. On voit bien ici l'apport d'une demande d'accès dans le processus journalistique : en s'appuyant sur une information brute contenue dans le document, le journaliste questionne le fonctionnement de l'administration. Un citoyen aurait pu faire la même demande et en tirer des conclusions pour lui ; l'utilisation du principe de transparence par les journalistes apporte toutefois une valeur ajoutée certaine : elle met en lumière publiquement le fonctionnement détaillé des institutions.*

### 6. Voyage d'un conseiller d'État, média non identifié, 2018<sup>39</sup>

Un journaliste sollicite le Service communication et information du Département présidentiel dans le cadre d'une demande d'accès afin d'obtenir les documents en possession du Conseil d'État relatif à un voyage d'un conseiller d'État à Abu Dhabi ainsi que ceux relatifs à la prise de position du conseiller d'État auprès du Ministère public.

---

35 Ordonnance fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 24 mai 2006 (OTrans ; RS 152.31).

---

36 PPDT/GE, Recommandation du 19 juin 2014 en l'affaire X (journaliste) c. SIG.

---

37 Par analogie à la recommandation Nestlé / École Polytechnique Fédérale de Lausanne (EPFL) du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), Empfehlung X (Antragsteller) gegen EPFL du 27 février 2014. Cf. aussi I.B.1. Convention Naxoo, Le Courrier, 2012 et COTTIER (n. 25), p. 156.

---

38 SOPHIE SIMON, Les SIG s'expliquent enfin sur le coût de l'application « Activéco », Tribune de Genève du 13 août 2014, p. 17.

---

39 PPDT/GE, Recommandation du 20 août 2018 en l'affaire X c. Chancellerie d'Etat.

Il est rappelé dans la recommandation de la préposée adjointe que selon le Tribunal fédéral (TF), la LIPAD ne trouve pas application lors de procédures civiles, pénales et administratives en cours. Pour les procédures pendantes, les règles d'accès au dossier figurent dans les lois de procédure<sup>40</sup>. Au niveau pénal, l'art. 101 CPP prévoit la consultation du dossier par un tiers s'il fait valoir un intérêt scientifique ou un autre intérêt digne de protection et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

Tout en laissant ouverte la question du caractère privé ou public du voyage à Abu Dhabi, la préposée adjointe fait état d'une absence du document existant pour l'annonce du voyage en précisant qu'il n'y a pas de droit à l'établissement d'un document. Elle constate que si les informations demandées figuraient dans un document, celui-ci serait soustrait au droit d'accès car il est couvert par l'exception des échanges écrits entre membres du Conseil d'État<sup>41</sup>.

Pour ce qui est de la prise de position du conseiller d'État, ce dernier étant une personne amenée à donner des renseignements, les art. 101 et 102 CPP trouvent application au lieu de la LIPAD. Le document se retrouve donc exclu du droit d'accès tant que la procédure est pendante au niveau pénal.

## 7. Procès-verbaux de délibérations dans le cadre de marchés publics, média non identifié, 2018<sup>42</sup>

Le responsable de la rédaction genevoise d'un journal effectue une demande d'accès auprès du Directeur général de l'Aéroport international de Genève (AIG) afin d'obtenir des procès-verbaux de délibérations dans le cadre de marchés publics. L'AIG répond qu'il n'est pas autorisé à communiquer les documents, car les séances du Conseil d'administration de l'AIG et de ses commissions ainsi que les procès-verbaux adoptés à la suite des séances ne sont pas publics<sup>43</sup>. Il ajoute que les documents comportent des données personnelles et des secrets d'affaires<sup>44</sup> et qu'une instruction judiciaire est en cours<sup>45</sup>. Le préposé cantonal comprend que les documents souhaités sont en lien avec le voyage réalisé par un conseiller d'État en novembre à Abu Dhabi et à la délivrance d'une concession d'assistance au sol quelques mois plus tard par l'AIG.

---

40 TF, 1C\_604/2015, 13 juin 2016, consid. 4.4.

41 Art. 7 al. 3 let. a Règlement d'application de la Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 21 décembre 2011 (RIPAD; A 2 08.01).

42 PPDT/GE, Recommandation du 22 août 2018 en l'affaire X c. Aéroport international de Genève.

43 Art. 17 al. 2 LIPAD; art. 28 Loi sur l'organisation des institutions de droit public du 22 septembre 2017 (LOIDP; 11391).

44 Art. 26 let. f et i LIPAD.

45 Art. 26 al. 2 let. d LIPAD.

Dans sa recommandation, le préposé conclut que les deux documents demandés sont exclus du droit d'accès prévu par la LIPAD, en tout cas tant que la procédure pénale ouverte contre inconnu du chef d'acceptation d'un avantage<sup>46</sup> est pendante. Dans l'hypothèse où ces documents font partie du dossier pénal, la LIPAD cède le pas aux art. 101 et 102 CPP et c'est à la direction de la procédure d'examiner la demande d'accès au dossier en effectuant une pesée des intérêts quand la demande provient d'un tiers<sup>47</sup>.

Une fois la procédure terminée, les autres exceptions invoquées par l'AIG n'apparaissent pas remplies, si bien que l'accès devra alors être accordé moyennant le caviardage des données personnelles des tiers.

*Ces deux cas soulèvent la question de l'obtention des documents faisant l'objet d'une procédure en cours à laquelle les journalistes se retrouvent confrontés.*

## **C. Demandes d'accès ayant fait l'objet d'un arrêt cantonal**

### **1. Conséquences relatives à l'annulation d'un licenciement de la commune de Chancy par le TF, Tribune de Genève, 2014<sup>48</sup>**

Une journaliste de la Tribune de Genève souhaite accéder aux coûts qu'implique l'annulation par la justice du licenciement d'une employée de la commune. Cette commune refuse l'accès en invoquant la protection de la personnalité de la personne concernée<sup>49</sup>. Le maire de la commune indique qu'il ne souhaite pas participer à la médiation. Après une recommandation du préposé favorable à l'accès et une décision négative de la commune, l'affaire est portée auprès de la CACJ. Dans son arrêt, cette dernière effectue une pesée des intérêts entre protection de la sphère privée de l'employée licenciée et intérêt public à la transparence. La personne concernée est consultée mais ne réagit pas. La solution trouvée par le tribunal consiste à ordonner la transmission des documents après caviardage de l'identité de la personne concernée. L'intérêt à la transparence est clairement exprimé : « [...] conformément au principe de la transparence, il existe un intérêt public certain pour les habitants de la commune à connaître les conséquences sur les ressources publiques d'une violation du droit par la commune dans la gestion de son personnel ».

Le coût du licenciement est finalement divulgué 514 jours après la demande d'accès<sup>50</sup>.

---

46 Art. 322sexies Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; RS 311.0).

47 Art. 101 al. 3 Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP; RS 312.0).

48 CACJ, ATA/758/2015, 28 juillet 2015.

49 En invoquant les let. f, g et l de l'art. 26 al. 2 LIPAD.

50 SOPHIE SIMON, Chancy a fait perdre près de 140 000 francs à ses contribuables, Tribune de Genève du 5 septembre 2015, p. 13.

*Ce cas est une belle illustration de la tension entre transparence et protection des données et offre un exemple de la manière de la résoudre. En effet, l'information utile au public est divulguée, tout en protégeant l'identité de la personne concernée. La divulgation de son identité n'est pas nécessaire pour atteindre le but visé par le principe de transparence, à savoir comprendre en détail comment les institutions publiques fonctionnent.*

## **2. Accès aux directives et budgets de la police en lien avec la rémunération des informateurs, RTS, 2017<sup>51</sup>**

Un journaliste de la RTS effectue une demande LIPAD portant sur l'accès aux documents ayant trait à la rémunération des informateurs privés auprès de la police genevoise. Il précise qu'il effectue un tour d'horizon de la pratique en la matière dans les cantons romands et au niveau fédéral. Cette demande d'accès se trouve à « l'intersection entre deux tendances » : la transparence et le secret.<sup>52</sup> Des demandes similaires, effectuées auprès d'autres polices cantonales (Vaud, Fribourg, Neuchâtel, Jura) ainsi qu'au niveau de la Confédération, ont mené à différentes décisions, médiations, recommandations et arrêts.

En dépit du fait que les documents demandés ne sont pas strictement identiques et qu'il y a des nuances dans les opinions exprimées, Vollery<sup>53</sup> constate que « [...] la tendance va clairement dans le sens de l'octroi de l'accès, sous réserve du principe de proportionnalité qui permet de faire la différence entre un accès complet et un accès partiel ». Une exception genevoise est relevée : la Chambre administrative genevoise ayant refusé l'accès à l'ordre de service intitulé « Gestion des informateurs et personnes de confiance ».

Dans la procédure genevoise, une recommandation<sup>54</sup> est rendue après l'échec de la médiation. La préposée genevoise relève que la question de la rémunération des indicateurs avait déjà été largement thématisée par le Conseil d'État dans le cadre d'une réponse à une interpellation urgente<sup>55</sup> où il était révélé que le montant dépensé en 2004 a été de l'ordre de 56 000 CHF et a contribué à l'arrestation de 88 personnes. Par la suite, la CACJ relève que communiquer l'ordre de service contenant des prescriptions liées à des compétences

---

51 CACJ, ATA/949/2019, 28 mai 2019.

52 LUC VOLLERY, Accès à des directives et à des informations budgétaires sur les informateurs de la police, RFJ 2019, 186-198, p. 186.

53 VOLLERY (n. 52), p. 189.

54 PPDT/GE, Recommandation du 28 juin 2017 en l'affaire X journaliste c. Police cantonale genevoise.

55 Réponse du Conseil d'État à l'interpellation urgente écrite de M. Gilbert Catelain : « Accords de Schengen : Rémunération des informateurs et des indicateurs et lutte contre l'immigration illégale », IUE 163-A, 14 mars 2005, pp. 4-5 (<https://perma.cc/W2KZ-SN5Z>).

internes à la police, à la procédure, aux modalités de contacts entre policiers et informateurs ainsi que la rémunération de ceux-ci porterait atteinte à la sécurité publique en compromettant l'accomplissement des missions de la police<sup>56</sup>. En revanche, il a été considéré que les montants annuels versés entre 2007-2016 caviardés de la mention du nombre approximatif de demandes de rémunération pouvaient être transmis.

On relèvera la longueur de la procédure de 832 jours et le fait que l'autorité a bétonné son argumentation en invoquant une série d'exceptions et l'esprit d'autres lois. À noter que la demande a été recalibrée en cours de procédure : le journaliste attentif aux arguments de sécurité publique ne demandait plus le nombre d'informateurs dédommagés annuellement, ni le montant de rémunération individuelle, mais seulement les chiffres globaux.

*Dans ce cas, plusieurs procédures ont été lancées en même temps. Cela peut stratégiquement être intéressant si l'issue de la première demande d'accès est positive ou la première recommandation/décision de justice sont en faveur du demandeur, mais peut aussi se retourner contre le demandeur en cas de décision défavorable. La question de la coordination/consultation entre les administrations et les préposés mériterait également d'être faite dans la transparence notamment dans les cas où le demandeur indique sans équivoque que sa demande est de nature intercantonale. Cela permet également un tour d'horizon des différentes pratiques cantonales et fédérales.*

### 3. Rapport d'audit sur les frais professionnels de la Ville de Genève, Tribune de Genève, 2019<sup>57</sup>

Une décision de la CACJ a contraint le Conseil administratif genevois à transmettre un rapport d'audit sur les frais professionnels de la Ville de Genève. Il s'agit d'une analyse sur les frais de fonctionnaires et elle constate que la moitié des dépenses (52 %) sont « non conformes »<sup>58</sup>.

Ce cas débute par des demandes d'accès de la Tribune de Genève<sup>59</sup> et d'un politicien<sup>60</sup>. Ce dernier recourra jusqu'à la CACJ<sup>61</sup>.

---

56 Art. 26 al. 2 let. a LIPAD.

57 CACJ, ATA/427/2020, 30 avril 2020.

58 THÉO ALLEGREZZA / CHLOÉ DETHURENS, La Ville doit dévoiler son rapport secret, Tribune de Genève du 5 juin 2020.

59 PPDT/GE, Recommandation du 11 novembre 2019 en l'affaire M. A. (journaliste) c. Conseil administratif de la Ville de Genève.

60 PPDT/GE, Recommandation du 15 novembre 2019 en l'affaire M. A. (avocat) c. Conseil administratif de la Ville de Genève.

61 CACJ, ATA/427/2020, 30 avril 2020.

Les arguments invoqués par l'administration pour refuser l'accès aux documents sont les suivants : la protection des données personnelles des employés de la ville, une plainte pénale en cours pour violation du secret de fonction et le fait que le conseil administratif employait encore le contenu de cet audit comme fondement pour la prise de décision et que sa divulgation affecterait ce processus décisionnel.

Concernant la procédure pénale en cours, la Cour estime que « [...] le lien entre les deux procédures est ténu » et que « En aucun cas, l'éventuelle admission du recours et la divulgation du rapport au recourant, après caviardage, ne permettraient en soi d'exempter l'auteur éventuel de la fuite initiale envers la presse de tous reproches pénaux. »

La Cour retient également que : « On ne voit en effet pas en quoi la communication du rapport d'audit et de ses recommandations nuirait à la mise en œuvre de ses recommandations, lesquelles visent principalement à renforcer des dispositifs d'efficience, de gestion et de contrôle, ainsi qu'à les uniformiser. On peut même penser qu'une large diffusion du rapport et des dites conclusions, une fois les premières mesures mises en œuvre, serait plutôt de nature à faciliter l'application des recommandations admises par le conseil administratif. »

La diffusion du rapport est donc autorisée moyennant des caviardages.

*Deux éléments ressortent de ce cas : d'une part, il confirme qu'un rapport d'audit est typiquement un document en général accessible. D'autre part, la Cour opère une distinction claire entre la procédure d'accès et la procédure pénale pour violation du secret de fonction.*

#### **4. Toute décision sur amende prononcée par ses services à l'encontre d'un ancien conseiller d'État, Le Temps, 2020<sup>62</sup>**

Une journaliste du journal Le Temps demande accès au Département des finances et des ressources humaines (DF), à toute décision sur amende prononcée à l'encontre d'une personnalité publique genevoise (A). Dans sa requête de médiation, la journaliste argumente que si les données sollicitées étaient sensibles, la qualité de conseiller d'État de A, ainsi que la publicité donnée à l'affaire menaient à ce que l'intérêt public à obtenir une information complète et exacte soit prépondérant par rapport à l'intérêt privé. Après l'échec de la médiation, le préposé a recommandé au DF de maintenir son refus. Le DF a donc refusé la demande d'accès de la journaliste en argumentant que « En l'absence de base légale formelle prévoyant la transmission des renseignements par l'autorité ou d'un accord écrit du contribuable, les informations étaient soustraites au droit d'accès du fait du secret fiscal. »

---

62 CACJ, ATA/1358/2021, 14 décembre 2021.

Saisis par la journaliste qui se plaint d'une violation de sa liberté d'expression garantie par le droit conventionnel<sup>63</sup> et d'une mauvaise application du secret fiscal, les juges de la CACJ considèrent que « En l'absence de consentement de [A] et de base légale prévoyant expressément leur communication, l'éventuelle ou les éventuelles amendes fiscales [...], sont soustraites au droit d'accès prévu par la LIPAD, ce qui exclut tant l'accès complet qu'un éventuel accès partiel, avec caviardage. »

Dans leur raisonnement, les juges écartent le grief de violation de l'art. 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) après une analyse basée sur la jurisprudence de la CEDH<sup>64</sup>. Les données sont considérées comme étant par nature non soumises au principe de la transparence par les législateurs au niveau fédéral et cantonal. Le secret fiscal et la protection de la sphère privée et de la personnalité sont prépondérants à la lumière du droit interne.

Le Temps relève dans ses colonnes<sup>65</sup> que son avocat a renoncé à saisir le TF en raison de la non-réélection du conseiller d'État ainsi que sa reconversion professionnelle qui ont amoindri au fil de la procédure l'intérêt public des informations.

*Ce cas illustre la question du temps écoulé dans le cadre d'une procédure LIPAD qui s'oppose au rythme de l'actualité. Il en résulte un amenuisement de l'intérêt public à obtenir l'information en raison d'un changement d'état de fait.*

## **D. Demandes d'accès ayant fait l'objet d'un arrêt du Tribunal fédéral**

### **1. Convention OSR, RTS, 2013<sup>66</sup>**

Courant 2013, la RTS demande la convention de départ de l'ex-directeur de l'Orchestre de la Suisse romande (OSR). La fondation refuse cet accès en invoquant notamment l'exception du secret d'affaires et la protection de la sphère privée.

Dans sa recommandation<sup>67</sup>, le préposé cantonal recommande la transmission du document en excluant l'effet de la clause de confidentialité contenue

---

63 Art. 10 CEDH.

64 L'arrêt de la CourEDH, Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie du 28 novembre 2016, 18030/11 consacre la reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par un État fondée sur l'art. 10 CEDH, à certaines conditions.

65 MARC GUÉNIAT, Le secret fiscal bien gardé de Pierre Maudet, letemps.ch, 2 janvier 2022 (<https://perma.cc/P6WL-MDK5>).

66 TF, 1C\_273/2015, 18 septembre 2015.

67 PPD/GE, Recommandation du 29 septembre 2014 en l'affaire M. (journaliste) c. Orchestre de la Suisse romande (OSR).

dans la convention, par analogie à une précédente recommandation du préposé fédéral dans l'affaire Nestlé/EPFL<sup>68</sup>.

L'OSR ayant tout de même rendu une décision négative, la RTS porte l'affaire devant la CACJ. Après un appel en cause de la personne concernée<sup>69</sup>, le tribunal rejette le recours de la RTS<sup>70</sup> à la suite d'une pesée des intérêts entre intérêt public à la transparence et protection de la sphère privée de l'ex-directeur, ce dernier s'opposant à la communication.

Le TF – limité dans son examen – n'a pas jugé la décision de la CACJ comme étant arbitraire. Il souligne toutefois que « [...] une solution différente – telle que celle préconisée par le préposé cantonal [transmission du document] – aurait également pu se concevoir ».

*Le champ d'application personnel de la LIPAD est large à Genève, puisque toutes les institutions subventionnées à plus de 50 % par les pouvoirs publics sont soumises à la loi<sup>71</sup>, ce qui n'est pas le cas au niveau fédéral par exemple. Même si une fondation privée est soumise de plein droit à la LIPAD à certaines conditions, la Cour cantonale questionne ici la notion de lien avec une « tâche publique » s'agissant des rapports de travail entre cette institution et son employé.*

*La conclusion du TF, limitée à l'examen de l'arbitraire, puisqu'il s'agit d'application de dispositions cantonales, est frappante : un refus d'accès ou un accès au document semblent tout aussi acceptables l'un que l'autre. Nous sommes certainement dans un « cas limite ».*

## 2. Procès-verbaux de séances du comité de la Caisse de prévoyance de l'État de Genève (CPEG), Le Temps, 2020<sup>72</sup>

Un journaliste a demandé à avoir accès à des procès-verbaux (PV) du comité de la CPEG. Sa demande d'accès a été refusée en raison de la confidentialité des délibérations et leur protection par le secret de fonction. En amont de la médiation<sup>73</sup>, la CPEG a indiqué à la préposée adjointe qu'elle n'était pas soumise à la LIPAD en tant qu'institution de prévoyance mais à la loi fédérale sur la protection des données (LPD). Elle a argumenté que sa participation à une séance de médiation ne pouvait pas être considérée comme une reconnaissance de

---

68 Recommandation du PFPDT du 27 février 2014 (n. 37). Cf aussi I.B.1. Convention Naxoo, Le Courrier, 2012, I.B.5. Application Activéco, Tribune de Genève, 2014 et COTTIER (n. 25).

---

69 CACJ, ATA/165/2015, 11 février 2015.

---

70 CACJ, ATA/341/2015, 14 avril 2015.

---

71 Art. 3 al. 2 let. a LIPAD.

---

72 TF, 1C\_336/2021, 3 mars 2022.

---

73 PPD/GE, Recommandation du 31 août 2020 en l'affaire de X. c. Caisse de prévoyance de l'État de Genève (CPEG).

son assujettissement à la LIPAD. À la suite de l'échec de la médiation, le préposé a constaté qu'il ne pouvait pas déterminer le caractère public ou non du document demandé suite au refus de la CPEG de lui accorder l'accès au document. Lorsque la CPEG informe le requérant qu'elle ne peut pas donner une suite favorable à la demande, elle précise que si la demande était soumise à la LIPAD, l'art. 26 al. 4 LIPAD réservant le droit fédéral ferait obstacle au droit d'accès.

La CACJ<sup>74</sup> considère que la CPEG est bien soumise à la LIPAD et relève que le droit applicable à l'activité du comité au sein de la CPEG n'a pas prévu de communication de données (même non personnelles) sauf en cas d'intérêt prépondérant. La Cour conclut qu'aucun intérêt prépondérant ne peut être mis en évidence et que l'exception de l'art. 26 al. 4 LIPAD (droit fédéral) empêche la communication des documents demandés. Une opinion dissidente, à laquelle les préposés se rallient<sup>75</sup>, précise que « Il est donc évident que ce n'est pas parce qu'un fonctionnaire ou le membre d'une autorité est soumis au secret de fonction que le document qu'il produit est soustrait au droit d'accès. L'art. 86 LPP [secret de fonction] ne peut dès lors constituer l'exception de droit fédéral à l'accès au document demandé. »

Le TF, quant à lui, a décidé que l'obligation de garder le secret selon l'art. 86 LPP ne peut pas constituer une exception de droit fédéral à l'accès au document demandé. Cet article protège seulement les informations couvertes par le secret selon les exceptions figurant aux art. 7 et 8 LTrans<sup>76</sup>. Selon le TF, le PV litigieux ne comprend *a priori* aucune donnée personnelle liée aux assurés et n'est par conséquent « [...] pas couvert par l'obligation de garder le secret ». Le TF conclut que si aucune autre exception selon l'art. 26 LIPAD ne devait trouver application, la CACJ devra donner accès au document en question, après avoir analysé si certains passages du PV doivent éventuellement être caviardés (particulièrement s'ils comprenaient des données personnelles dont la divulgation « pourrait porter atteinte à la sphère privée »).

*Ce cas illustre la configuration où une autorité considère ne pas être soumise à la LIPAD et ne transmet pas les documents demandés aux différents stades du processus (médiation, CACJ), notamment en dépit de l'art. 63 LIPAD prévoyant que la juridiction compétente a accès aux documents concernés par le recours; ce qui enraie le processus. « Cet arrêt est important, car il rappelle que le principe qui prévaut dans l'administration publique depuis vingt ans et l'instauration de la*

---

74 CACJ, ATA/424/2021, 20 avril 2021.

75 PPDT/GE, Rapport annuel d'activité 2021 du 7 février 2022, p. 39.

76 Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004 (LTrans; RS 152.3).

*LIPAD est celui de la transparence [...]» selon Stéphane Werly dans Le Temps<sup>77</sup>. À noter que le cas de la CPEG n'est pas isolé, la Cour des comptes avait déjà contesté être soumise à la LIPAD dans une autre affaire<sup>78</sup>. Les juges de la CACJ n'avaient pas examiné la question de la soumission contestée de la Cour des comptes à la LIPAD.*

## E. Quelques observations autour de ces cas

La vingtaine de cas analysés ci-dessus fait apparaître plusieurs constats.

Tout d'abord, la *durée de la procédure* est extrêmement variable. Si dans certains cas le document a été obtenu rapidement, le record de notre analyse est détenu par une procédure ayant duré 832 jours entre la demande d'accès et l'arrêt de la CACJ<sup>79</sup>.

Nous nous sommes également intéressés aux *exceptions* les plus souvent invoquées par l'administration. La protection de la sphère privée<sup>80</sup> est l'exception la plus souvent invoquée, puis celle du secret d'affaires<sup>81</sup>. On constate que la tension entre transparence et protection des données s'exerce sur une partie importante de ces procédures.

Notons enfin que s'agissant des *thèmes* couverts par les demandes d'accès de journalistes, une partie importante concerne les coûts engagés par l'administration pour différentes opérations ou mandats. Nous sommes là au cœur de la raison d'être du principe de transparence : faire la lumière sur les engagements, notamment financiers, réalisés par les collectivités.

## II. Conseils, recommandations et bonnes pratiques pour l'utilisation de la LIPAD par les journalistes

### A. En préambule

L'examen des cas réalisé dans la première partie, ainsi que notre expérience dans l'accompagnement des journalistes dans leurs demandes d'accès nous

---

77 DAVID HAEBERLI, Le Tribunal fédéral donne raison au « Temps ». La transparence doit bien être la règle au sein de l'administration cantonale, letemps.ch du 22 mars 2022 (<https://perma.cc/P5SW-6CND>).

---

78 CACJ, ATA/831/2020, 1<sup>er</sup> septembre 2020.

---

79 Cf. I.C.2. Accès aux directives et budgets de la police en lien avec la rémunération des informateurs, RTS, 2017.

---

80 Art. 26 al. 2 let. g LIPAD.

---

81 Art. 26 al. 2 let. i LIPAD.

permettent de proposer quelques conseils, recommandations et bonnes pratiques. Ils seront présentés en suivant l'ordre des étapes jalonnant une procédure d'accès.

## B. Avant la demande

### 1. Recherches préliminaires

Pour optimiser une demande en transparence, il convient de vérifier tout d'abord si le document demandé est déjà accessible sur Internet ou si les informations contenues dans le document ont déjà été divulguées dans un autre cadre (communiqué de presse, interpellation parlementaire<sup>82</sup>). Ensuite, il convient d'examiner si un document similaire a déjà fait l'objet d'une recommandation ou d'une jurisprudence dans le canton faisant l'objet de la demande, mais également dans d'autres cantons, au niveau fédéral voire dans d'autres pays<sup>83</sup>. De plus, avoir le contexte en tête est une clé de lecture précieuse : un document peut être refusé à un moment T en raison d'un contexte particulier qui peut être amené à évoluer.

### 2. Objet de la demande en transparence

On le constate en examinant les premières demandes, dès 2002 : les journalistes demandent parfois des informations<sup>84</sup> plutôt qu'explicitement des documents. Les réponses sont alors des informations générales ou un chiffre, mais pas forcément un « document » au sens de la LIPAD. Bien que l'on comprenne que s'appuyer sur la LIPAD permette de légitimer une demande journalistique, rappelons ici que la LIPAD, comme la plupart des lois sur la transparence cantonales, limite le droit d'accès aux documents existants<sup>85</sup>. Dans la pratique, il est utile d'enquêter et de se renseigner au préalable pour savoir quels sont les documents existants et, si possible, connaître leur titre ou, du moins, les décrire le plus précisément possible. L'administration n'est en effet pas tenue de concevoir un document pour le demandeur, sauf s'il résulte d'un traitement informatique simple<sup>86</sup>. Cela illustre parfaitement un écueil souvent rencontré

---

82 Cf. I.C.2. Accès aux directives et budgets de la police en lien avec la rémunération des informateurs, RTS, 2017.

83 Les recommandations sont en général disponibles sur les sites des préposés cantonaux et fédéral.

84 Dans les deux tests transparence de la Tribune de Genève de 2002 par exemple. Cf. I.A.1. Test transparence auprès du canton, Tribune de Genève, 2002 et I.A.3. Test transparence auprès des communes, Tribune de Genève, 2002.

85 Art. 24 al. 1 LIPAD. *A contrario* : art. 8 al. 1 Loi vaudoise sur l'information du 24 septembre 2002 (LInfo ; 170.21).

86 Art. 25 al. 3 LIPAD.

par les journalistes : décrire le document recherché n'est pas aisé si on n'en connaît pas la teneur (notamment date, titre, contenu)<sup>87</sup>. Il est parfois nécessaire de formuler la demande de manière large, par exemple en requérant « les documents qui contiennent [l'information souhaitée] ». De plus, afin de cibler sa demande, il peut être intéressant de demander une table des matières, un index ou alors la liste des divers documents à disposition.

La disposition du règlement d'exécution de la LIPAD qui prévoit que chaque département publie la liste des types de documents accessibles et le service auquel il peut être demandé<sup>88</sup> n'est, à notre connaissance, pas appliquée, ce qui est regrettable. Sa mise en œuvre pourrait diminuer les écueils, en augmentant la précision des demandes, ce qui faciliterait leur traitement. D'autres lois sur la transparence prévoient explicitement l'aide de l'administration pour identifier les documents<sup>89</sup>. Une telle disposition au niveau genevois serait souhaitable, l'administration étant la seule à connaître les documents existants.

### 3. Les coulisses de la démarche

Dans bon nombre de cas, les administrations se sentent mises en cause quand une demande d'accès est déposée. On peut imaginer que cela est dû à l'aspect formel de la démarche. Il est parfois opportun d'expliquer la démarche<sup>90</sup>, et le fait que le fonctionnement des administrations, financées par les citoyens, est d'intérêt public et mérite qu'on s'y intéresse en tant que journaliste. L'exemple de l'accès aux agendas des conseillers d'État<sup>91</sup> est parlant : le journaliste procède à une approche détaillée et didactique du fonctionnement des élus. Parfois, il n'est pas utile de lancer une procédure d'accès à un document puisque l'information ou le document peut être obtenu après un simple coup de téléphone. Enfin, il est capital d'être clair en séparant la procédure d'accès à un document du reste de l'enquête journalistique (demandes d'informations).

### 4. Journalisme, un métier relationnel

Cela n'apparaît pas dans les recommandations ni dans les articles examinés, mais n'esquivons pas la portée relationnelle que peut représenter une demande formelle d'accès à un document. Les contacts entre administrations et jour-

---

87 Cf. I.B.4. Emplois de solidarité, *Le Courrier*, 2013.

88 Art. 5 al. 1 RIPAD.

89 Art. 3 OTrans au niveau fédéral par exemple.

90 À noter que le législateur prévoit à l'art. 28 al. 1 LIPAD que la demande d'accès n'est en principe soumise à aucune exigence de forme. Elle n'a pas à être motivée, mais doit contenir des indications suffisantes pour permettre l'identification du document recherché.

91 C.f. I.A.9. Agenda des conseillers d'État du 7 au 13 octobre, *Léman Bleu*, 2019.

nalistes ne sont pas uniques et le travail des uns et des autres s'inscrit dans la durée. Entamer une procédure d'accès à un document est parfois malheureusement ressenti comme un affront par les administrations, alors qu'il s'agit en réalité de trouver ensemble la meilleure manière d'appliquer une loi édictée dans l'intérêt public.

## C. En cours de procédure

### 1. Recalibrage de la demande

Cela peut être opportun de savoir adapter sa demande, la recalibrer au fil de la procédure si cela est pertinent et stratégique par rapport à son enquête ainsi qu'aux exceptions évoquées par l'administration<sup>92</sup>.

### 2. Une pléthore d'exceptions

Les préposés à la transparence genevois<sup>93</sup> relèvent un bémol au sujet des dispositions cantonales romandes ayant trait aux demandes d'accès : « la liste pléthorique » d'exceptions des réglementations qui, au niveau de la pratique, a comme répercussion qu'il est facile pour une institution publique « d'invoquer un motif de refus de transmission ». Ils indiquent que la jurisprudence a été en mesure de tracer les contours de certaines exceptions au droit d'accès en précisant que le principe applicable était la transparence et non le secret. Il est judicieux de lire les exceptions invoquées par une autorité avec l'esprit que c'est cette dernière qui doit amener le fardeau de la preuve renversant la présomption de libre accès aux documents selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral (TAF)<sup>94</sup>.

### 3. Les délais dans la procédure LIPAD

Dans le test transparence mené en 2002<sup>95</sup>, la Tribune de Genève a délibérément fixé un délai très court à l'administration : la demande a été faite un vendredi, la réponse étant souhaitée pour le mardi soir. Dans une réponse, l'administration n'a pas manqué de rappeler que « la LIPAD ne permet pas [...] de fixer un délai péremptoire pour s'exécuter »<sup>96</sup>. La loi prie en effet simplement

---

92 Cf. I.C.2. Accès aux directives et budgets de la police en lien avec la rémunération des informateurs, RTS, 2017

93 JOSÉPHINE BOILLAT / STÉPHANE WERLY, Transparence passive – aspects pratiques / III.–VI., in : Sylvain Métille (édit.), *Le droit d'accès*, Lausanne, 2021, 226–242, p. 55.

94 TAF, A-4500/2013, 27 février 2014, consid. 3.1 ; TAF, A-6377/2013, 12 juin 2015, consid. 3.2.

95 Cf. I.A.1. Test transparence auprès du canton, Tribune de Genève, 2002.

96 LAURENCE BÉZAGUET et al. (n. 6).

l'institution concernée de traiter la demande « rapidement »<sup>97</sup>. Il s'agit d'une limite qualitative et non quantitative<sup>98</sup>. La question des délais est une question récurrente dans l'utilisation journalistique des lois sur la transparence : dans sa pratique quotidienne, un journaliste travaille souvent en flux tendu, en lien avec l'actualité et exprime ses besoins en matière de délais. Dans l'hypothèse où un renseignement demandé à une administration pourrait potentiellement déclencher une demande LIPAD, faudrait-il s'abstenir de souhaiter une réponse dans certains délais ? On peine à le soutenir. Introduire un délai dans la LIPAD permettrait une procédure plus claire pour les demandeurs. Cela est d'autant plus important qu'une absence de réponse<sup>99</sup> équivaut à une réponse négative. Réagir à une non-réponse est plus facile au niveau fédéral ou dans certains cantons, où un délai figure clairement dans la loi. Pratiquement, à Genève, on peut imaginer que sans réponse après un mois, il est possible de relancer l'administration puis de s'adresser au bureau des préposés.

En cours de procédure, le demandeur se retrouve face à différents délais pour accéder à un document. Il est indispensable d'être irréprochable dans le suivi, d'anticiper, ne pas laisser passer les délais, garder le lien et relancer les autorités. En cas d'absence, prévoir une suppléance pour d'éventuels échanges et informer les autorités afin de ne pas laisser des délais s'écouler. Sans compter toutes les fois où les documents sont transmis le jour même de la demande (la LIPAD n'est alors certainement pas mentionnée dans les articles bien que, formellement, il s'agisse d'une demande d'accès), les procédures peuvent s'avérer plus ou moins longues. Si parfois la procédure dure plusieurs années<sup>100</sup>, relevons néanmoins des cas<sup>101</sup> où une procédure complète a pu être menée en trois ou quatre mois.

#### 4. Accepter un *deal* ?

Parfois l'administration propose une consultation de documents en respectant une clause de confidentialité sur les noms des personnes impliquées<sup>102</sup> ou une simple consultation sur place sans prendre de copies. Est-ce acceptable ?

---

97 Art. 28 al. 2 LIPAD.

98 BERTIL COTTIER, Liberté d'expression, une perspective de droit comparé, Dr Ignacio Díez Parra (édit.), 2019, p. 12.

99 Cf. I.A.3. Test transparence auprès des communes, Tribune de Genève, 2002.

100 Cf. I.C.2. Accès aux directives et budgets de la police en lien avec la rémunération des informateurs, RTS, 2017 et I.C.1. Conséquences relatives à l'annulation d'un licenciement de la commune de Chancy par le TF, Tribune de Genève, 2014.

101 Cf. I.B.1. Convention Naxoo, Le Courrier, 2012 et I.B.5. Application Activéco, Tribune de Genève, 2014.

102 Cf. I.B.2. Ordonnances pénales, Chroniqueur judiciaire, 2013.

En tant que journaliste, cela permet d'informer le public, du moins partiellement et de ne pas risquer un nouveau délai de plusieurs mois. Mais la contrepartie est une perte de l'essence même du principe de transparence : soit un document est accessible pour toutes et tous sans limite, soit une exception s'applique et il ne l'est pas.

## 5. Procédure judiciaire en parallèle

Une des exceptions dans la LIPAD concerne la limitation du droit d'accès en cas de procédures judiciaires et administratives<sup>103</sup> à laquelle les journalistes sont souvent confrontés<sup>104</sup>. Dans ce cas de figure, la question à se poser est de savoir s'il s'agit d'un document « [...] élaboré en dehors de toute procédure judiciaire qui a simplement été déposé dans les dossiers civil et pénal » ou d'une « [...] pièce établie par l'autorité judiciaire ou sous son égide (comme le serait une expertise judiciaire par exemple) »<sup>105</sup>. Le tribunal a-t-il sollicité le document ? Le document lui était-il destiné ? Quelle est la chronologie du document par rapport à la procédure ? La divulgation du document est-elle susceptible d'influencer par exemple la tenue du procès ? De qui émane le document et à qui est-il destiné ? Le tribunal s'est-il opposé ou non à la transmission du document ? Ces quelques pistes de réflexion se basent sur un arrêt du TF<sup>106</sup> ayant marqué une progression dans la transparence. Le média neuchâtelois ArcInfo<sup>107</sup> qui, cherchant à obtenir un rapport d'audit, s'était vu refuser par le Tribunal cantonal neuchâtelois l'accès au dossier en raison d'une procédure pénale et civile en cours, avait finalement obtenu gain de cause.

## 6. Que faire en cas de demandes simultanées par différents médias ?

En cas d'obtention d'un document, il sera accessible à tout autre média selon le principe « *Access to one access to all* »<sup>108</sup>. Dans l'hypothèse où d'autres confrères ont fait une demande similaire, un échange voire une mise en commun des ressources serait bénéfique compte tenu de la longueur et du coût que certaines procédures peuvent atteindre. L'exploitation du contenu des documents peut aussi mener à des collaborations intéressantes.

---

103 Art. 26 al. 2 let. e LIPAD.

104 Cf. I.B.6. Voyage d'un conseiller d'État, Média non identifié, 2018 et I.B.7. Procès-verbaux de délibérations dans le cadre de marchés publics, média non identifié, 2018.

---

105 TF, 1C\_367/2020, 12 janvier 2021, consid. 3.5.

106 *Ibid.*

---

107 ÉRIC LECLUYSE, Presse: « ArcInfo » fait progresser la transparence au Tribunal fédéral, arcinfo.ch du 27 janvier 2021 (<https://perma.cc/CB4X-ZZ54>).

---

108 Armasuisse publie même depuis peu, spontanément, tous les documents demandés en vertu de la LTrans (<https://perma.cc/5URS-6ST8>).

## 7. Le document demandé n'existe pas

Des médias se sont trouvés face à une réponse désarmante : le document n'existe pas<sup>109</sup>. Que faire dans ce cas-là ? La LIPAD ne sera pas d'une grande aide puisqu'elle permet d'accéder aux documents existants. Une solution : thématiser et questionner cette absence de document.

### D. Au moment de la publication

#### 1. Faut-il publier le document obtenu ?

Il peut être intéressant de publier le document ou un extrait, d'autant qu'il est accessible à chacun. Toutefois, la publication doit s'inscrire dans le cadre de la déontologie journalistique d'usage : il ne fait pas toujours sens de publier l'intégralité des documents. Une attention particulière doit être portée au droit d'auteur<sup>110</sup>.

#### 2. La transparence dans la transparence

La directive 3.1 du Conseil suisse de la presse<sup>111</sup> sur le traitement des sources prévoit que « L'acte premier de la diligence journalistique consiste à s'assurer de l'origine d'une information et de son authenticité. La mention de la source est en principe souhaitable dans l'intérêt du public ; sous réserve d'un intérêt prépondérant au respect du secret de la source, celle-ci doit être mentionnée chaque fois qu'elle constitue un élément important de l'information. »

L'association *Loitransparence.ch* préconise que les journalistes ayant accédé à un document en invoquant une loi sur la transparence l'indiquent explicitement. En d'autres termes : il faut mentionner comment ces sources ont été obtenues<sup>112</sup>. Nous partageons cet avis, la mention des sources est à la fois en adéquation avec la déontologie journalistique, mais permet également de sensibiliser le public/citoyen aux possibilités qu'offre la loi sur la transparence.

La plupart des articles que nous avons thématisés avaient une mention explicite de l'utilisation de la LIPAD par le journaliste. Certains avaient même un encadré spécial sur les coulisses de la demande et l'évolution de la position

---

109 Cf. I.A.3. Test transparence auprès des communes, Tribune de Genève, 2002 et I.B.6. Voyage d'un conseiller d'État, média non identifié, 2018.

---

110 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées, 3.2.3. Transparence et droit d'auteur, p. 15.

---

111 CONSEIL SUISSE DE LA PRESSE, Directives relatives à la « Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste » du 18 février 2000 (<https://perma.cc/8VPQ-KR2J>).

---

112 Trucs et astuces, *loitransparence.ch* (<https://perma.cc/LD6W-99EJ>).

de l'administration au fil de la procédure. Il arrive également qu'en cas de blocage, la démarche elle-même et le manque de transparence de l'administration fassent l'objet d'un article avant même l'obtention de tout document<sup>113</sup>.

Nous sommes pour la transparence dans la transparence.

## Conclusion

Après ce tour d'horizon, nous constatons une évolution encourageante à la fois du côté des demandeurs et des administrations qui, de part et d'autre, ont mis en œuvre cette loi. Les enquêtes journalistiques réalisées à Genève en utilisant la loi sur la transparence en sont les témoins. En revanche, nous regrettons de sentir encore une résistance dans certains cas. La longueur de certaines procédures constitue un véritable obstacle pour les journalistes devant suivre le rythme de l'actualité. Nous relevons également qu'une simple demande allant jusqu'au TF peut avoir des coûts qui constituent tout simplement un frein au principe même de transparence. Néanmoins, de nombreuses démarches débouchent tout de même souvent sur une issue positive pour l'accès au document souhaité, dans le respect de la LIPAD, dont le but d'intérêt public a été rappelé en introduction.

Nous avons vu dans notre analyse que les journalistes jouent un rôle de pionniers ou de défricheurs de la transparence, puisqu'ils ont été à l'origine de jurisprudences nécessaires durant ces 20 premières années d'exercice de la transparence à Genève. Enfin, ils ont un rôle d'exemple : en faisant jouer ce véritable « droit à s'intéresser au fonctionnement des institutions » en pleine responsabilité, et en expliquant leur démarche au public, ils montrent que tout un chacun peut s'intéresser aux affaires des autorités, lancer des demandes en matière de transparence et faire vivre ainsi la démocratie comme le souhaite le législateur.

Pour améliorer encore le principe de transparence et son utilisation journalistique, la LIPAD pourrait évoluer sur quelques points, tels que l'introduction d'un délai de réponse clair<sup>114</sup>, ainsi que le devoir pour l'administration d'assister le demandeur dans sa démarche<sup>115</sup>.

---

113 Par exemple dans l'affaire I.B.3. Mandats de coaching à l'Office cantonal de la détention, journaliste indépendant, 2013.

114 Cf. II.C.3. Les délais dans la procédure LIPAD.

115 Cf. II.B.2. Objet de la demande en transparence.



David Hofmann

# La LIPAD et la bonne foi

## Un principe essentiel lors de la requête d'accès à un document

---

I.	Introduction .....	51
<hr/>		
II.	Quelques principes généraux .....	52
	A. La consécration constitutionnelle de la bonne foi .....	53
	1. Le sous-principe de l'interdiction des comportements contradictaires .....	54
	2. Le sous-principe de la protection de la confiance .....	55
	3. Le sous-principe de l'interdiction de l'abus de droit .....	55
	B. L'applicabilité des règles de la LPA .....	56
	C. Les compétences des autorités .....	57
	D. <i>Excursus</i> : les demandes chicanières dans les autres domaines du droit .....	59
<hr/>		
III.	Le requérant et la bonne foi .....	59
	A. La demande .....	59
	1. Les exigences formelles .....	59
	2. Les exigences matérielles .....	61
	3. La transparence au sujet de la transparence .....	64
	B. La médiation .....	66
	C. La procédure judiciaire .....	68
<hr/>		
IV.	L'institution et la bonne foi .....	68
	A. La demande .....	68
	1. Le traitement de la demande .....	68
	2. Les motifs justificatifs de refus .....	70
	B. La médiation .....	72
	C. La procédure judiciaire .....	72

---

<b>V. Le Préposé cantonal et la bonne foi</b> .....	<b>73</b>
<b>A. La demande</b> .....	<b>73</b>
<b>B. La médiation</b> .....	<b>73</b>
<b>C. La procédure judiciaire</b> .....	<b>74</b>

---

<b>VI. Conclusion</b> .....	<b>75</b>
-----------------------------	-----------

---

<b>VII. Bibliographie</b> .....	<b>76</b>
---------------------------------	-----------

## I. Introduction

La loi genevoise 8356 sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001<sup>1</sup>, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002<sup>2</sup>. Le 9 octobre 2008, le Grand Conseil l'a complétée, avec la loi 9870, par un volet consacré à la protection des données et l'a renommée Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD)<sup>3</sup>. La loi 9870 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2010<sup>4</sup>. Depuis le 29 décembre 2011<sup>5</sup>, elle est complétée par un règlement d'application<sup>6</sup>.

Comme l'expliquait, en 2000, le Conseil d'État dans son exposé des motifs : « La transparence doit devenir une règle de conduite au sein des collectivités publiques genevoises. Dans cette perspective, il sied de passer du principe du secret assorti d'exceptions à celui de la transparence sous réserve de dérogations. Cette évolution législative est propre à renforcer tant la démocratie que le contrôle de l'administration, ainsi qu'à valoriser l'activité étatique et à favoriser la mise en œuvre des politiques publiques. »<sup>7</sup> La transparence doit ainsi devenir la règle et le secret l'exception<sup>8</sup>.

La mise en œuvre concrète de la LIPAD a cependant démontré que le droit d'accès (art. 24 LIPAD) était surtout utilisé par les journalistes et les avocats<sup>9</sup>. Depuis 2002, le développement des nouvelles technologies (Internet et réseaux sociaux notamment) a considérablement facilité l'accès à l'information pour les citoyens. Certains d'entre eux sont néanmoins d'avis que toute information leur est immédiatement due par la collectivité et que tout « retard » dans la réponse nécessite une intervention dans un média, voire une procédure pénale. Le principe constitutionnel de la bonne foi est donc essentiel dans la mise en œuvre du droit d'accès à un document prévu par la LIPAD.

---

1 Loi (genevoise) sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001 (ROLG 2001 p. 1116-1150 ; LIPAD ; A 2 08).

2 ROLG 2001 p. 1150.

3 ROLG 2008 p. 824-857.

4 ROLG 2009 p. 850.

5 ROLG 2011 p. 881-917.

6 Règlement d'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 21 décembre 2011 (RIPAD ; A 2 08.01).

7 MGC 2000 VIII p. 7675.

8 Voir aussi TSHANNEN (2021), p. 404, §1060; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER (2020), p. 82, § 239 et p. 318, §924.

9 HOFMANN (2022), p. 123. Voir aussi les statistiques figurant dans les Rapports d'activité du Préposé cantonal 2021 (p. 13), 2020 (p. 13), 2019 (p. 13), 2018 (p. 11), 2017 (p. 12), 2016 (p. 12), 2015 (p. 12), 2014 (p. 10), 2013 (p. 3) et 2012 (p. 4).

Il ne s'agit pas ici de s'opposer au droit (subjectif et justiciable) d'accès aux documents (art. 24 LIPAD), mais de remettre cette disposition légale en perspective dans la globalité du système politique, juridique et administratif et d'en tirer quelques enseignements après 20 ans d'application. L'interprétation systématique d'une norme vise en effet à la remettre dans son contexte et à ne pas l'examiner de manière isolée<sup>10</sup>.

La présente contribution s'inscrivant dans les 20 ans de la législation sur la transparence à Genève, la question de la bonne foi en matière de données personnelles ne sera pas directement abordée.

## II. Quelques principes généraux

La LIPAD a pour buts : a) de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique ; b) de protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant (art. 1 al. 2 LIPAD).

La transparence ainsi voulue doit se concrétiser non seulement par une politique active d'information et de communication, mais aussi par la reconnaissance d'un droit individuel d'accès aux documents. C'est d'ailleurs bien l'instauration d'un tel droit qui représente l'innovation majeure propre à conférer sa pleine dimension au changement de culture qu'implique l'abandon du principe du secret.

Comme la Chambre administrative de la Cour de justice (CACJ) l'a constaté, presque tous les documents détenus par l'administration contiennent des données concernant des tiers<sup>11</sup>.

Contrairement à l'art. 4 al. 2 LPD, qui fait expressément référence au principe de la bonne foi pour le traitement des données, la LIPAD ne consacre pas expressément le principe de la bonne foi. Par le biais de la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.) et de la hiérarchie des normes, la LIPAD doit s'interpréter en tenant compte de la bonne foi.

La consécration constitutionnelle de la bonne foi (A) sera présentée, avant l'applicabilité des règles de la LPA (B) et les compétences des autorités (C). Un *excursus* sur les demandes chicanieuses dans les autres domaines du droit complètera ce chapitre (D).

---

10 ATF 145 III 324, 334 consid. 6.6.1; ATF 141 III 444, 448 et 453-454 consid. 2.1 et 2.2.3.

11 ATA/560/2015 du 2 juin 2015, consid. 14c.

### A. La consécration constitutionnelle de la bonne foi

La Constitution fédérale consacre le principe de la bonne foi dans deux dispositions : à l'art. 5 al. 3 Cst. (« Les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. ») et à l'art. 9 Cst. (« Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. »).

L'art. 5 al. 3 Cst., il s'agit d'un principe constitutionnel, sans être un droit constitutionnel<sup>12</sup>. En revanche, l'art. 9 Cst. consacre un droit constitutionnel<sup>13</sup>, qui peut être justiciable dans certaines circonstances. Ce droit constitutionnel, comme d'autres, n'est pas protégé par la CEDH<sup>14</sup>.

L'art. 5 al. 3 Cst. lie tant les organes étatiques que les personnes privées<sup>15</sup>. La bonne foi a une portée globale (« *umfassende Geltung* »<sup>16</sup>) dans l'ordre juridique suisse ; elle implique un comportement loyal et digne de confiance dans les relations juridiques<sup>17</sup>.

Toute « personne » bénéficie de la protection de la bonne foi<sup>18</sup>.

La Constitution genevoise (Cst.-GE) reprend également le principe dans deux dispositions : à l'art. 9 al. 3 Cst.-GE concernant les principes de l'activité publique (« [L'activité publique] s'exerce de manière transparente, conformément aux règles de la bonne foi, dans le respect du droit fédéral et du droit international ») et à l'art. 17 Cst.-GE (« Toute personne a le droit d'être traitée sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi »).

Le principe de la bonne foi complète le principe de la légalité et a un impact sur l'interprétation des normes<sup>19</sup>. Il s'applique à tous les organes étatiques et aux personnes privées<sup>20</sup>. Selon RHINOW/SCHEFER, cela signifie loyauté et confiance dans toutes les relations juridiques, de même que prévisibilité de tous les actes humains et étatiques<sup>21</sup>.

---

12 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHEER (2020), p. 252, § 821.

13 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHEER (2020), p. 252, § 821 ; SCHINDLER (St. Galler Kommentar BV 2014), vol. I, p. 127, § 53 ad art. 5 Cst. féd.

14 Pour une liste d'exemples, voir RHINOW/SCHEFER (2009), p. 214, § 1058.

15 SCHINDLER (St. Galler Kommentar BV 2014), vol. I, p. 127, § 53 ad art. 5 Cst. Voir aussi JACQUES DUBEY, Art. 5, Art. 9, (Commentaire romand Cst. 2021), vol. I, p. 234 ss, § 122 ss ad art. 5 Cst.

16 EPINEY (Basler Kommentar BV 2015), p. 112, § 72 ad art. 5 Cst. féd.

17 EPINEY (Basler Kommentar BV 2015), p. 112, § 73 ad art. 5 Cst. féd.

18 ROHNER (St. Galler Kommentar BV 2014), vol. I, p. 272, § 44 ad art. 9 Cst. ; RHINOW/SCHEFER (2009), p. 381, § 1994.

19 RHINOW/SCHEFER (2009), p. 102, § 489.

20 RHINOW/SCHEFER (2009), p. 380, § 1990 et p. 507, § 2634.

21 RHINOW/SCHEFER (2009), p. 380, § 1990.

Selon la doctrine, le principe de la bonne foi se divise en trois sous-principes : l'interdiction des comportements contradictoires (1), la protection de la confiance dans des situations concrètes (2) ainsi que l'interdiction de l'abus de droit et de la fraude à la loi (3)<sup>22</sup>.

### 1. Le sous-principe de l'interdiction des comportements contradictoires

Le comportement (de l'État et des particuliers) doit être cohérent<sup>23</sup> : l'autorité et les administrés doivent éviter les comportements contradictoires, ce qui est indispensable pour la sécurité juridique<sup>24</sup>.

L'interdiction des comportements contradictoires ne concerne que la même autorité, agissant à l'égard des mêmes justiciables, dans la même affaire ou à l'occasion d'affaires identiques<sup>25</sup>. L'administration peut cependant être rendue responsable d'un comportement contradictoire, même si celui-ci est dû à des personnes différentes, au besoin à l'insu des unes et des autres<sup>26</sup>.

Selon le Tribunal fédéral, une personne privée doit également s'abstenir d'un comportement contradictoire incompatible avec les règles de la bonne foi<sup>27</sup>; certains auteurs considèrent que c'est alors l'art. 5 al. 3 Cst. qui s'applique<sup>28</sup>; cette distinction n'a cependant pas de conséquence pratique : les personnes privées doivent (aussi) avoir un comportement loyal et digne de confiance vis-à-vis des autorités<sup>29</sup>.

Selon le Tribunal fédéral, « constitue notamment un abus de droit l'attitude contradictoire d'une partie. Lorsqu'une partie adopte une certaine position, elle ne peut pas ensuite soutenir la position contraire, car cela revient à

---

22 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021), vol. II, p. 643, § 1294; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHEER (2020), p. 251-252, § 820; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (2022), p. 184, § 477; RHINOW/SCHEFER (2009), p. 381, § 1997.

23 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHEER (2020), p. 252, § 820; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (2022), p. 192, § 495.

24 TANQUEREL (2018), p. 207, § 580. Voir aussi pour l'autorité : MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021), vol. II, p. 643, § 1295.

25 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021), vol. II, p. 644, § 1296; DUBEY (Commentaire romand Cst. 2021), vol. I, p. 387, § 97 ad art. 9 Cst. ; DUBEY/ZUFEREY (2014), p. 258, § 729-731; arrêt TF 9C\_822/2019 du 25 mars 2020, consid. 5.1 et les références citées.

26 Arrêt TF 1C\_60/2021 du 27 juillet 2021, consid. 3.3.1; arrêt TF 1C\_50/2020 du 8 octobre 2020, consid. 8.1.2; ATF 121 I 181, 184 consid. 2a.

27 Par exemple : arrêt TF 4A\_485/2020 du 14 octobre 2020, consid. 6.1.

28 TSCHENTSCHER (Basler Kommentar BV 2015), p. 231, § 23 ad art. 9 Cst. ; SCHINDLER (St. Galler Kommentar BV 2014), vol. I, p. 128, § 54 ad art. 5 Cst.

29 SCHINDLER (St. Galler Kommentar BV 2014), vol. I, p. 128, § 55 ad art. 5 Cst.

tromper l'attente fondée qu'elle a créée chez sa partie adverse ; si elle le fait, c'est un *venire contra factum proprium*, qui constitue un abus de droit qui ne mérite pas la protection du droit »<sup>30</sup>.

## 2. Le sous-principe de la protection de la confiance

La protection de la confiance protège la confiance légitime du citoyen dans le comportement des autorités qui a créé des attentes<sup>31</sup>.

Selon le Tribunal fédéral, « découlant directement de l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 129 I 161 consid. 4.1 p. 170; ATF 128 II 112 consid. 10b/aa p. 125; ATF 126 II 377 consid. 3a p. 387 et les arrêts cités). Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que a) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et c) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour d) prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, et e) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée »<sup>32</sup>.

Il y a donc cinq conditions qu'il faut examiner, le cas échéant, de manière détaillée.

## 3. Le sous-principe de l'interdiction de l'abus de droit

L'interdiction de l'abus de droit a pour but d'éviter d'utiliser une institution juridique en faveur d'intérêts qu'elle ne vise pas à protéger<sup>33</sup>. Il s'agit d'un correctif qui intervient dans l'exercice des droits<sup>34</sup>. Il permet de corriger les

---

30 Arrêt TF 5A\_570/2017 du 27 août 2018, consid. 6.1 et les références.

31 RHINOW/SCHEFER (2009), p. 381, § 1998. Voir aussi : TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (2022), p. 184, § 478.

32 ATF 131 II 627, 636-637 consid. 6.1. Voir aussi par exemple ATF 146 I 105, 110 consid. 5.1.1; ATF 143 V 341, 346 consid. 5.2.1; ATF 141 V 530, 538 consid. 6.2.

33 RHINOW/SCHEFER (2009), p. 508, § 2638. Voir aussi : TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (2022), p. 193, § 500; DUBEY/ZUFFEREY (2014), p. 259, § 733; DUBEY (Commentaire romand Cst. 2021), vol. I, p. 386, § 93 ad art. 9 Cst.

34 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021), vol. II, p. 647, § 1307.

effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste<sup>35</sup>.

Selon le Tribunal fédéral, « il y a fraude à la loi – forme particulière d'abus de droit – lorsqu'un justiciable évite l'application d'une norme imposant ou interdisant un certain résultat par le biais d'une autre norme permettant d'aboutir à ce résultat de manière apparemment conforme au droit. La norme éludée doit alors être appliquée nonobstant la construction juridique destinée à la contourner »<sup>36</sup>.

Selon TANQUEREL, « il y a abus de droit lorsque l'exercice d'un droit apparaît, dans un cas concret, manifestement contraire au droit ou lorsqu'une institution juridique est utilisée manifestement à l'encontre de la finalité pour laquelle elle a été créée, pour réaliser des intérêts que cette institution juridique ne veut pas protéger »<sup>37</sup>.

En matière pénale – mais cela peut s'appliquer à tous les domaines du droit<sup>38</sup> – le Tribunal fédéral a expliqué ce qui suit : « [...] la partie qui s'aperçoit qu'une règle de procédure est violée à son détriment ne saurait laisser la procédure suivre son cours sans réagir, dans le but, par exemple, de se réserver un moyen de nullité pour le cas où le jugement à intervenir ne la satisferait pas. Les manœuvres dilatoires de cette sorte sont inadmissibles. Aussi la partie qui renonce sciemment à faire valoir la violation d'une règle de procédure devant un juge qui serait en mesure d'en réparer les conséquences est en principe déchue du droit de se prévaloir de cette violation devant le Tribunal fédéral [...] »<sup>39</sup>.

## B. L'applicabilité des règles de la LPA

La loi (genevoise) sur la procédure administrative (LPA)<sup>40</sup> contient les règles générales de procédure s'appliquant à la prise de décision par les autorités (art. 1 al. 1 LPA). Le Préposé cantonal ne rend pas de décision en matière de transparence (art. 56 al. 2 LIPAD *a contrario*), de sorte qu'à première lecture, la LPA ne serait pas d'une grande utilité pratique.

---

35 ATF 143 III 279, 281 consid. 3.1; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021), vol. II, p. 648, § 1308.

---

36 ATF 144 II 49, 52 consid. 2.2; ATF 142 II 206, 210 consid. 2.3. Voir aussi: arrêt TF 1C\_79/2021 du 6 septembre 2021, consid. 4.3 et les références citées.

---

37 TANQUEREL (2018), p. 208, § 583.

---

38 Par exemple, en droit privé: ATF 132 III 503, 508 consid. 3.3 ou en droit administratif: ATF 132 II 485, 496 consid. 4.3.

---

39 ATF 138 I 97, 101 consid. 4.1.5.

---

40 Loi (genevoise) sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA; E 5 10).

Cela étant, selon la Chambre administrative de la Cour de justice, la LIPAD peut même s'appliquer à une autorité qui ne prend pas des décisions au sens de la LPA, comme la Cour des comptes<sup>41</sup>. *A fortiori*, la procédure devant le Préposé cantonal est donc – selon nous – soumise, respectivement protégée, par les grands principes figurant dans la LPA, que cela soit les règles en matière de représentation des parties (art. 9 LPA), compétence (art. 11 et 12 LPA), coordination de législation (art. 12A LPA), questions préjudicielles (art. 14 LPA), récusation (art. 15 LPA auquel l'art. 54 al. 2 LIPAD renvoie explicitement), délai (art. 16 et 17 LPA), procédure écrite (art. 18 LPA) ou communication électronique (art. 18A LPA), coopération des parties (art. 22 LPA), production de documents (art. 24 LPA), droit d'être entendu (art. 41-44 LPA)

De plus, les institutions soumises à la LIPAD rendent des décisions administratives, en particulier s'agissant de la communication d'un document à un requérant (art. 30 al. 5 LIPAD), de sorte que la LPA s'applique. Ainsi, les autorités administratives suivantes sont soumises à la LPA et à la LIPAD :

- le Conseil d'État (art. 5 let. a LPA et art. 3 al. 1 let. a LIPAD),
- la chancellerie d'État (art. 5 let. b LPA et art. 3 al. 1 let. a LIPAD),
- les départements (art. 5 let. c LPA et art. 3 al. 1 let. a LIPAD),
- les services de l'administration cantonale (art. 5 let. d LPA et art. 3 al. 1 let. a LIPAD),
- les institutions, corporations et établissements de droit public (art. 5 let. e LPA et art. 3 al. 1 let. c LIPAD),
- les autorités communales, les services et les institutions qui en dépendent (art. 5 let. f LPA et art. 3 al. 1 let. b et c LIPAD),
- les personnes, institutions et organismes investis du pouvoir de décision par le droit fédéral ou cantonal (art. 5 let. g LPA), ce qui vise toutes les autres entités soumises au volet « transparence » de la LIPAD (art. 3 al. 2 LIPAD).

Les exigences concrètes de la LPA seront reprises dans les différents chapitres.

### C. Les compétences des autorités

Comme le dit la Constitution cantonale, « la République de Genève est un État de droit démocratique fondé sur la liberté, la justice, la responsabilité et la solidarité » (art. 1 al. 1 Cst.-GE); « les structures et l'autorité de l'État sont fondées sur le principe de la séparation des pouvoirs » (art. 2 al. 2 Cst.-GE). Au niveau cantonal, le Grand Conseil exerce le pouvoir législatif (art. 80 Cst.-GE),

---

41 ATA/831/2020 du 1<sup>er</sup> septembre 2020, consid. 6.

le Conseil d'État exerce le pouvoir exécutif (art. 101 Cst.-GE), le pouvoir judiciaire est exercé par le Ministère public (art. 116 al. 1 let. a Cst.-GE) et les juridictions en matière constitutionnelle, administrative, civile et pénale (art. 116 al. 1 let. b Cst.-GE). De plus, 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 (art. 128 al. 1 Cst.-GE) ; elle exerce son contrôle selon les critères de la légalité des activités, de la régularité des comptes et du bon emploi des fonds publics. Elle a également pour tâche l'évaluation des politiques publiques (art. 128 al. 3 Cst.-GE).

Comme déjà mentionné, la LIPAD a pour but de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 1 al. 2 let. a LIPAD). De ce point de vue, elle n'a pas pour objectif de transformer tout citoyen en un député membre de la Commission des finances (art. 201 al. 1 LRGC<sup>42</sup>) ou de la Commission de contrôle de gestion (art. 201A LRGC) du Grand Conseil ou en un magistrat de la Cour des comptes (art. 128 Cst.-GE), voire en un Procureur de la section des affaires complexes (art. 78 al. 3 LOJ<sup>43</sup>).

Sous l'angle systématique, l'accès aux documents constitue le chapitre III (art. 24-29) du titre II (« Information du public et accès aux documents ») de la LIPAD. Ce titre II commence par des règles en matière de « publicité des séances » (chapitre I, art. 5-17), en particulier du Grand Conseil (art. 8 al. 1 LIPAD), des tribunaux (art. 12 LIPAD, art. 30 al. 3 Cst.) et des Conseils municipaux (art. 16 al. 1 LIPAD ; art. 18 al. 1 LAC<sup>44</sup>). Il se poursuit par des règles en matière d'« information du public » (chapitre II art. 18-23), dont l'art. 18 LIPAD est le cœur : « les institutions communiquent spontanément au public les informations qui sont de nature à l'intéresser, à moins qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose » (art. 18 al. 1 LIPAD) ; « l'information doit être donnée de manière exacte, complète, claire et rapide » (art. 18 al. 2 LIPAD) ; « les institutions informent par des moyens appropriés à leurs ressources et à l'importance des informations à diffuser. Dans toute la mesure du possible, elles utilisent les technologies modernes de diffusion de l'information » (art. 18 al. 3 LIPAD). Le chapitre IV (art. 30) est consacré à la « médiation » devant le Préposé cantonal. Enfin, le chapitre V (art. 31-34) vise les médias.

---

42 Loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève, du 13 septembre 1985 (LRGC ; B 1 01).

43 Loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ ; E 2 05).

44 Loi sur l'administration des communes, du 13 avril 1984 (LAC ; B 6 05).

#### D. *Excursus* : les demandes chicanières dans les autres domaines du droit

Le devoir de renseigner entre époux résulte de l'art. 170 CC. Le Tribunal fédéral explique cependant que les demandes de renseignements chicanières ou manifestant une pure curiosité sont exclues<sup>45</sup>.

Dans le contrat de mandat<sup>46</sup>, la reddition de compte de l'art. 400 CO est également limitée par le principe de la bonne foi : selon le Tribunal fédéral, « le droit à la reddition de compte trouve ses limites dans les règles de la bonne foi (ATF 143 III 348 consid. 5.1.1; 139 III 49 consid. 4.1.2). À teneur de l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. L'existence d'un abus de droit se détermine selon l'ensemble des circonstances du cas d'espèce (ATF 138 III 425 consid. 5.2; 135 III 162 consid. 3.3.1). Elle doit être reconnue lorsque l'exercice du droit par le titulaire ne répond à aucun intérêt digne de protection, qu'il est purement chicanier ou encore qu'il tend à servir des intérêts qui ne correspondent pas à ceux que la règle est destinée à protéger (ATF 141 III 119 consid. 7.1.1). La prétention en reddition de compte ne mérite ainsi pas d'être protégée lorsque le mandant possède déjà les informations requises ou serait en mesure de les obtenir en consultant ses propres documents, alors que le mandataire ne pourrait les fournir qu'avec les plus grandes difficultés (ATF 139 III 49 consid. 4.5.2; arrêt 4C.206/2006 du 12 octobre 2006 consid. 4.3.1) »<sup>47</sup>.

### III. Le requérant et la bonne foi

#### A. La demande

##### 1. Les exigences formelles

La procédure d'accès aux documents est principalement, mais pas exclusivement, régie par l'art. 28 LIPAD. Selon l'art. 28 al. 1 LIPAD, « la demande d'accès n'est en principe soumise à aucune exigence de forme. Elle n'a pas à être motivée, mais elle doit contenir des indications suffisantes pour permettre

---

45 Arrêt TF 5A\_566/2016 du 2 février 2017, consid. 4.2.3; ATF 132 II 291, 301 consid. 4.2; SCHWANDER (Basler Kommentar ZGB 2018), p. 1123, § 15 in fine ad art. 70 CC; HENRI DESCHENAUX / PAUL-HENRI STEINAUER / MARGARETA BADDELEY, *Les effets du mariage*, 3<sup>e</sup> éd., Berne, 2017, p. 223, § 268. Voir aussi : MURIEL BARRELET, *Art. 170 CC*, in : François Bohnet / Olivier Guillod (édit.), *Droit matrimonial – Fond et procédure* (Commentaire pratique), Bâle, 2016, p. 574-574, § 12-13 ad art. 170 CC.

46 Pour approfondir : MAXENCE CARRON, *Le mandat de durée*, Zurich, 2018.

47 Arrêt TF 4A\_599/2019 du 1<sup>er</sup> mars 2021, consid. 5.

l'identification du document recherché. En cas de besoin, l'institution peut demander qu'elle soit formulée par écrit ».

La jurisprudence considère que « seule la nature des informations contenues dans les documents dont la transmission est requise est déterminante, la qualité du requérant n'entrant pas en ligne de compte »<sup>48</sup>. Précédemment, la Chambre administrative de la Cour de justice écrivait que « l'intérêt personnel et la qualité du demandeur n'interfèrent en aucune manière dans l'examen des conditions de la LIPAD »<sup>49</sup>. Après vingt ans de droit d'accès aux documents, il convient de relativiser quelque peu cette exigence presque absolue d'absence d'examen de la qualité du requérant.

Le Préposé cantonal lui-même a d'ailleurs rappelé, à certaines reprises, qu'une demande d'accès ne cadrerait pas avec le but de « favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique », par exemple lorsque la requérante souhaitait l'accès au dossier de l'OCIRT « dans le seul but de connaître la suite donnée à sa dénonciation »<sup>50</sup>.

L'absence d'exigence de forme de la requête – soumise à la formule restrictive « en principe » – signifie que la demande peut se faire par écrit, par courrier électronique, par formulaire Internet, par téléphone, par oral au secrétariat/guichet de l'institution. Logiquement, les chances de succès de la demande augmentent si la demande se fait par écrit (quel qu'en soit le support) : cela permet en effet à l'institution de mieux comprendre ce que souhaite le requérant.

Les mots « en principe » signifient que l'absence de formalisme n'est pas absolue, que tout le monde ne peut pas demander n'importe quoi n'importe comment.

La demande s'effectue en français (art. 5 al. 1 Cst.-GE<sup>51</sup>).

La demande orale signifie qu'un citoyen peut, par exemple, se rendre au service de la législation et acheter une version « papier » de la LIPAD. Il peut également se rendre au guichet de l'Office des autorisations de construire et demander à consulter un dossier de requête d'autorisation de construire.

L'absence d'exigence de motivation signifie que le citoyen ne doit pas expliquer pourquoi il souhaite le document. La motivation permet cependant de

---

48 ATA/560/2015 du 2 juin 2015, consid. 10. Voir aussi ATA/427/2020 du 30 avril 2020, consid. 2b; ATA/1003/2016 du 29 novembre 2016, consid. 6d; ATA/919/2014 du 25 novembre 2014, consid. 4c; ATA/805/2012 du 27 novembre 2012, consid. 3e et les références citées.

---

49 ATA/805/2012 du 27 novembre 2012, consid. 3e.

---

50 Recommandation du 9 janvier 2017 X. c. OCIRT, résumée dans le Rapport d'activité 2017 p. 13.

---

51 Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (Cst.-GE; A 2 00).

mieux comprendre l'intérêt du citoyen, surtout lorsque le document recherché n'est pas clairement identifié par le requérant.

Pour les demandes orales immédiatement satisfaites, le requérant ne doit pas justifier de son identité (par exemple : acheter la version « papier » de la LIPAD au service de la législation, obtenir le « Plan climat cantonal 2030 », ou le programme de « La Fête de la Musique », etc.).

À l'inverse, pour les demandes écrites, le requérant doit s'identifier. Les demandes anonymes ne sont pas admissibles, d'autant plus que – en cas de procédure de médiation, voire de procédure judiciaire ultérieure – il convient d'identifier un demandeur. L'institution ne saurait en effet communiquer avec un requérant masqué, caché derrière une case postale ou une adresse de courriel fantaisiste.

Si le requérant est représenté par un avocat, celui-ci doit justifier de ses pouvoirs si l'institution le lui demande. En effet, selon l'art. 9 al. 2 LPA, « sur demande, le représentant doit justifier ses pouvoirs par une procuration écrite »<sup>52</sup>. Il convient en effet que l'institution puisse savoir si l'avocat agit à titre personnel (il n'est alors ni avocat ni représentant) ou s'il agit comme représentant d'un tiers (ce tiers doit alors être nommé).

Le requérant peut être une personne physique ou morale, de nationalité suisse ou étrangère, domiciliée dans le canton ou non<sup>53</sup>. Même si cela paraît étrange de le rappeler, la personne morale doit exister (art. 52 ss CC), jouir des droits civils (art. 53 CC) et avoir l'exercice des droits civils (art. 54 CC) : selon cette disposition, « les personnes morales ont l'exercice des droits civils dès qu'elles possèdent les organes que la loi et les statuts exigent à cet effet ». Cela implique aussi de pouvoir individualiser la personne morale, qui doit avoir un nom et un siège<sup>54</sup>.

## 2. Les exigences matérielles

Tout d'abord, la demande ne peut porter que sur un *document existant*. Elle ne peut pas impliquer la création d'un document ou d'une synthèse sur une thématique donnée. Du point de vue de l'existence du document, la requête LIPAD se rapproche d'une requête civile en production de pièces (art. 160 al. 1 let. b

---

52 Même si la Chambre administrative de la Cour de justice ne réclame pas (encore) de procuration aux représentants qui déposent des recours, le Tribunal administratif de première instance exige désormais une telle procuration. C'est également la règle en procédure civile (art. 221 al. 2 let. a CPC) ou, pour la défense privée, en procédure pénale (art. 129 al. 2 CPP).

53 MGC 2000 VIII p. 7961: « [...] Il doit être admis au contraire que les requêtes émanant de ressortissants étrangers domiciliés à l'étranger ou même hors du canton de Genève seront rares, sans présenter pour autant un caractère abusif ou chicanier. [...] ».

54 MEIER (2021), p. 613, § 1041 et 1044.

CPC<sup>55</sup>), mais *se différencie* d'une requête en reddition de compte (art. 400 CO), où un rapport peut être requis du banquier, du médecin ou de l'avocat<sup>56</sup>.

Le document requis doit être *identifié le mieux possible*. La demande doit être formulée de la manière la plus précise possible, l'autorité pouvant alors comprendre ce qui est réclamé ou suggérer une reformulation :

- « *Liste complète des détenteurs de taxis de service privé* »<sup>57</sup> ;
- Une « *décision du département [chargé de la santé] concernant une sanction administrative infligée, le 4 décembre 2008, à [B.,] un médecin exerçant dans le canton de Genève* »<sup>58</sup> ;
- « *Projet de budget 2023 de l'État de Genève* »: le projet de budget de l'année X étant normalement présenté en septembre X-1 par le Conseil d'État, si la demande est formulée au cours du premier semestre 2022, l'institution pourra proposer au requérant le projet de budget 2022 (PL 13020 du 16 septembre 2021) ;
- « *Mémorial des séances du Grand Conseil de décembre 2021* » : l'institution peut alors déterminer qu'il y a eu une session les 9 et 10 décembre 2021, de sorte que la demande porte sur cette période ;
- « *Exposé des motifs de la LIPAD d'origine* » : l'institution peut alors déterminer qu'il s'agit de l'exposé des motifs du PL 8356, disponible au Mémorial des séances du Grand Conseil 2000, volume VIII, n° 45, pages 7641-7714 ;
- « *Contenu complet du dossier d'autorisation de construire DD 450'345 et du dossier d'infraction y relatif* » : même si le requérant (de la DD et de la procédure LIPAD) ignore la référence du dossier d'infraction, l'autorité comprend que cela vise toutes les pièces de son dossier, que cela fasse partie du dossier « DD 450'345 » ou du dossier « I-45987 »<sup>59</sup>.

À l'inverse, les demandes exploratoires ne sont pas admissibles. Plus précisément, elles sont très difficiles à mettre en œuvre, car l'institution peine à comprendre la demande du requérant, qui ne doit pas se comporter comme un Procureur ou la Cour des comptes, ou parce qu'il y a trop de documents. À titre d'exemple :

---

55 Code de procédure civile, du 19 décembre 2008 (CPC ; 272).

56 Sur la distinction, voir HOFMANN (2021), p. 169-170, § 75 et 80.

57 ATA/919/2014 du 25 novembre 2014, consid. 3a.

58 ATA/767/2014 du 30 septembre 2014, consid. 3d.

59 Sous l'angle de la protection des données personnelles, l'accès au dossier d'infraction dépend de la qualité du demandeur : s'agit-il de l'auteur de l'infraction (accès accordé) ou d'un tiers (accès probablement rejeté) ?

- « *Tous documents de la commune, quels qu'en soit le support, relatifs à Monsieur Curieux* » : cette demande est trop large ;
- « *Tous documents, pièces, écritures, rapports, audits relatifs à la fondation intercommunale X* » : cette demande est trop imprécise et trop large ; le requérant ne saurait obtenir de fouiller dans tous les documents de la fondation pour trouver ce qui l'intéresse ;
- « *Tous documents, études, analyses, avants-projets, pistes de réflexion concernant l'avenir de l'Aéroport, de la gare Cornavin, de la patinoire des Vernets, du stade de la Praille, des parkings souterrains du centre-ville, du téléphérique du Salève, des trolleybus et du chauffage à distance dès 2100* » : cette demande est trop large ; il est en outre douteux que tous les documents se trouvent auprès du même interlocuteur ;
- « *Toutes les factures payées par l'État de Genève depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000* » : cette demande est trop large, tant sous l'angle de la durée (plus de 22 ans) que sous l'angle de la matière (aucune limitation) ;
- « *Toutes les factures d'entreprises payées par la Fondation immobilière de la commune de X entre le 1<sup>er</sup> janvier 2019 et le 31 décembre 2019* » : dès lors qu'une Fondation immobilière gère probablement un grand nombre d'immeubles, ce qui implique des travaux d'entretien nombreux, la demande est – malgré la limitation temporelle – encore trop exploratoire. Elle aurait davantage de chances d'être traitée si elle était limitée aux « *factures d'entreprises de plomberie* » pour les immeubles situés au « *chemin du Lac 150 à 154* » ;
- « *Listes de présence signées des séances du conseil d'administration de X* » : cette demande est trop large, car elle ne comprend aucune limitation dans le temps.

Le Tribunal fédéral a considéré qu'une demande de consultation des décisions de la Cour pénale de la Cour de justice en matière d'indemnisation au sens de l'art. 429 CPP était suffisamment précise<sup>60</sup>. En revanche, tel n'est pas le cas de « *toutes les décisions et ordonnances rendues par le Tribunal pénal durant les dix dernières années* »<sup>61</sup> ; comme la demande était faite en raison d'une procédure pénale pour soupçons d'infractions graves à la LStup, la recourante pouvait se limiter aux décisions en matière de LStup, voire aux infractions graves ayant entraîné une peine privative de liberté ; « *il n'est pas non plus évident que la production de dix ans de jurisprudence soit vraiment*

---

60 Arrêt TF 1C\_225/2019 du 27 juin 2019, consid. 5.3.

61 Arrêt TF 1C\_394/2018 du 7 juin 2019, en fait, § A.

*indispensable pour obtenir un aperçu suffisamment complet de la pratique en la matière*»<sup>62</sup>.

Ainsi, l'absence de nécessité de motiver la demande ne signifie pas qu'une demande vague puisse être formulée ou qu'un requérant puisse obtenir un document qui n'existe pas. Cas échéant, l'institution peut demander au requérant de **préciser sa demande**, ce qui peut inclure – implicitement – une explication supplémentaire sur le(s) document(s) recherché(s) ou sur son but.

L'absence de nécessité de motivation de la demande ne s'applique donc pas de manière absolue : elle ne dispense pas de l'exigence de précision de la demande.

Un requérant peut naturellement demander plusieurs documents simultanément ; de même, l'obtention d'un document peut conduire un requérant à souhaiter un document supplémentaire (par exemple, parce que le document obtenu révèle l'existence d'autres documents et/ou d'informations suscitant l'intérêt du requérant). Le requérant bénéficie de la même base légale pour obtenir le premier, le deuxième, le troisième, le quatrième document, etc. Cela étant, même si « *l'institution traite rapidement les demandes d'accès* » (art. 28 al. 2 LIPAD), le requérant ne dispose pas du droit d'avoir un collaborateur (ou plusieurs collaborateurs) de l'institution à son service. Autrement dit, la LIPAD ne crée pas un droit à une équipe de documentalistes/archivistes à son service pour obtenir immédiatement accès à tous les documents possibles et imaginables. Le requérant LIPAD reste un requérant parmi d'autres administrés et le responsable LIPAD départemental/communal/institutionnel a d'autres activités dans son cahier des charges. La mise en œuvre de la LIPAD n'est donc pas prioritaire par rapport à d'autres politiques publiques.

### 3. La transparence au sujet de la transparence

Le 24 septembre 2014, C a déposé à la mairie un courrier intitulé « Lettre ouverte au Maire et au Conseil municipal » en matière d'aménagement du territoire et de circulation dans la commune. Lors de la séance du conseil municipal du 13 octobre 2014, sa lettre a été lue ; elle a également été reproduite en annexe au procès-verbal de ladite séance. Le procès-verbal de la séance du Conseil municipal a été publié sur Internet (en application des règles d'information active de la LIPAD). En février 2015, C a demandé au secrétaire communal et au maire de supprimer sa lettre ouverte du site Internet communal. La commune a ensuite masqué l'adresse, le numéro de téléphone portable et l'adresse de courrier électronique de C ; en revanche, les nom et prénom ainsi que le contenu de la lettre subsistaient.

---

62 Arrêt TF 1C\_394/2018 du 7 juin 2019, consid. 6.3.

La Chambre administrative de la Cour de justice, saisie par C, a rejeté son recours ; elle s'est notamment exprimée comme suit : « Dès le moment où la dite lettre a été reçue par le conseil municipal, le président devait en donner connaissance à l'assemblée en application de l'art. 12 du règlement. Cette lettre, qui faisait dès ce moment partie des débats, est alors sortie du champ d'application de la LIPAD. Elle devait figurer, dans son intégralité, au procès-verbal de la séance et être communiquée au public selon un moyen approprié, en l'espèce une diffusion sur le site Internet de la commune »<sup>63</sup> ; « même en retenant que la diffusion sur Internet des procès-verbaux du conseil municipal ressort de la LIPAD, l'issue du recours serait identique. Ainsi que l'a indiqué le préposé cantonal dans sa détermination, la pesée d'intérêts effectuée par la commune, laquelle a caviardé certaines informations tels que l'adresse électronique, l'adresse postale ou le numéro de téléphone en ne laissant que l'identité de la recourante, est adéquate et permet de respecter aussi bien les impératifs de transparence voulus par le chapitre II de la LIPAD que la protection des données de Mme A »<sup>64</sup>.

On peut retenir deux éléments de cette décision judiciaire : tout d'abord, la Chambre administrative de la Cour de justice doute de l'applicabilité de la LIPAD aux débats du Conseil municipal et à leur diffusion sur Internet. Elle n'explique cependant pas en quoi la LIPAD ne s'appliquerait pas. De ce point de vue, si le résultat de l'arrêt est convainquant, la motivation est quelque peu sommaire et aurait mérité davantage d'explications.

Ensuite et surtout, il arrive qu'une communication publique reçoive davantage de publicité que ce qui était initialement souhaité : comment en effet vouloir simultanément que son courrier soit lu publiquement devant le Conseil municipal, tout en n'étant pas mentionné au procès-verbal dudit Conseil ? Il s'agit donc de publicité sélective qui n'est pas protégée par la bonne foi. À nouveau, la pesée des intérêts faite par la Commune et la Chambre administrative de la Cour de justice doit être approuvée.

On peut aussi imaginer que le traitement d'une requête LIPAD fasse l'objet d'une communication publique, plus ou moins large, que ce soit au Conseil municipal, au Grand Conseil ou à d'autres institutions. Il n'est pas certain que le requérant soit toujours satisfait des communications données par les autorités saisies. Par exemple, si un requérant particulièrement quérulent devait réclamer de l'Office des autorisations de construire des informations sur une dénonciation (non anonyme) au sujet de travaux non autorisés le concernant, il est probable que le traitement de la demande remonte la voie hiérarchique ou

---

63 ATA/1008/2015 du 29 septembre 2015, consid. 4.

64 ATA/1008/2015 du 29 septembre 2015, consid. 5.

qu'il y ait des échanges avec d'autres offices (par exemple l'Office cantonal du logement et de la planification foncière), ce qui est admissible dans la mesure où les règles d'entraide administrative (art. 25 LPA et art. 39 LIPAD) sont respectées. Si le même requérant devait encore politiser l'affaire (par exemple, en étant à l'origine d'une question écrite d'un député au Conseil d'État) ou médiatiser le dossier, l'institution devra probablement – aussi par ses obligations d'information du législatif cantonal ou du délibératif communal – communiquer au sujet de cette procédure. Cela devra évidemment se faire en procédant, comme toujours, à une pesée des intérêts entre l'intérêt public et la protection des données personnelles du requérant : ce dernier ne saurait donc, après avoir requis des informations au nom de la transparence, être protégé de façon absolue contre toute transparence à son propre sujet<sup>65</sup>.

La question de la transparence sur la transparence (et son lien avec le secret de fonction<sup>66</sup>) mériterait probablement un examen à lui tout seul (par exemple, pourquoi la Chambre administrative de la Cour de justice anonymise-t-elle les noms des recourants dans le domaine de la LIPAD ? Pourquoi le Préposé cantonal ne donne-t-il pas les noms des requérants ou de leurs Conseils ?); nous considérons cependant que la bonne foi doit aussi s'appliquer dans cette situation.

## B. La médiation

Lorsqu'une institution entend rejeter une demande d'accès, elle en informe le requérant en lui indiquant qu'il peut saisir le Préposé cantonal (art. 28 al. 6 1<sup>ère</sup> phrase LIPAD). Elle lui confirme son intention par écrit en indiquant le délai figurant à l'art. 30 al. 2 (art. 28 al. 6 2<sup>ème</sup> phrase LIPAD), à savoir dix jours.

Le requérant ou l'opposant à la demande d'accès peuvent aussi saisir le Préposé cantonal si une institution tarde à se déterminer sur une demande d'accès à un document (art. 30 al. 2 LIPAD). Il s'agit de la concrétisation de la saisine d'une autre autorité en cas de retard à statuer (cf. art. 100 al. 7 LTF<sup>67</sup>; art. 319 let. c CPC; art. 396 al. 2 CPP<sup>68</sup>; art. 62, al. 6 LPA).

Le Préposé cantonal est saisi par une requête écrite de médiation sommairement motivée (art. 30 al. 1 LIPAD). Même si le processus de médiation est relativement informel, il convient que la médiation porte sur le(s) document(s)

---

65 Sur la thématique de la dénonciation anonyme en droit des constructions, voir ATA/457/2022 du 3 mai 2022.

66 Sur ce point, voir déjà PAYCHÈRE (2005), p. 29-52.

67 Loi sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; 173.110).

68 Code de procédure pénale suisse (Code de procédure pénale), du 5 octobre 2007 (CPP; 312.0).

dont la demande a été faite préalablement à l'institution. Ainsi, on applique par analogie l'art. 65 LPA : le cadre du litige résulte, au maximum, de ce qui a été demandé préalablement : le requérant peut évidemment limiter sa demande devant le Préposé cantonal ; il ne peut pas l'élargir en cours de procédure. *A contrario*, la médiation porterait sur des documents qui n'ont pas été demandés au préalable.

Si la médiation aboutit, l'affaire est classée (art. 30 al. 4 LIPAD).

Si la médiation n'aboutit pas, le Préposé cantonal formule une recommandation écrite sur la communication du document considéré, avant que l'institution ne rende une décision sujette à recours devant la Chambre administrative de la Cour de justice (art. 30 al. 5 et art. 60 al. 1 LIPAD). Pour favoriser le succès de la médiation, le Préposé cantonal a établi la règle que la personne qui procède à la médiation n'est pas celle qui, en cas d'échec, délivre la recommandation.

De même, toutes les parties signent un engagement de confidentialité avant la médiation. Cette confidentialité vise le contenu de la séance de médiation, les propos qui y sont tenus et les documents qui y sont cas échéant montrés. En revanche, la confidentialité ne vise pas l'existence d'une procédure devant le Préposé cantonal, ni son résultat (accord ou échec).

Les statistiques du Préposé en matière de médiation sont les suivantes<sup>69</sup>:

Année	Total	Avocat	Particulier	Journaliste	Association	Autre
2021	36	24 <sup>70</sup>	6	3	2	1
2020	24	9	8	3	1	3
2019	19	11	4	3	1	0
2018	21	9	5	4	2	1
2017	19	7	8	3	0	1
2016	23	12	8	2	1	0
2015	27	13	9	2	3	0
2014	23	11	3	7	2	0
2013	15	? <sup>71</sup>				
2012	11					

69 Rapport d'activité 2021 (p. 13), 2020 (p. 13), 2019 (p. 13), 2018 (p. 11), 2017 (p. 12), 2016 (p. 12), 2015 (p. 12), 2014 (p. 10), 2013 (p. 3) et 2012 (p. 4).

70 Sans que l'on ne sache s'il s'agit de 24 avocats ayant chacun formulé une demande ou s'il s'agit d'un seul avocat ayant formulé 24 demandes.

71 En 2012 et 2013, les catégories de requérants ne figurent pas dans le Rapport d'activité.

### C. La procédure judiciaire

Bien évidemment, l'exigence de bonne foi s'applique aussi en cas de recours du requérant devant la Chambre administrative de la Cour de justice. Cela implique le maintien de la confidentialité, même devant la justice, sur le contenu des échanges lors du processus de médiation (comme c'est le cas en procédure civile, selon l'art. 205 CPC).

Cela implique aussi la nécessité de procéder préalablement à la médiation du Préposé (et, en cas d'échec, à la décision subséquente de l'institution) avant de saisir la Chambre administrative de la Cour de justice. Un recours dirigé contre un refus de transmettre un document sans qu'une recommandation du Préposé ait été préalablement rendue est irrecevable<sup>72</sup>.

## IV. L'institution et la bonne foi

L'exigence de bonne foi ne s'applique pas seulement au requérant, mais aussi à l'institution visée par la demande LIPAD, et cela à toutes les étapes de la procédure.

Même si c'est désormais mis en place<sup>73</sup>, chaque institution dispose d'un responsable LIPAD « *ayant une formation appropriée et les compétences utiles* ».

### A. La demande

#### 1. Le traitement de la demande

Les principaux éléments concernent la rapidité et la qualité du traitement d'une demande LIPAD. Pour des raisons constitutionnelles (cf art. 16 Cst. sur la liberté d'opinion et d'information et art. 17 Cst. sur la liberté des médias) et politiques, les questions des journalistes aux autorités sont traitées en priorité sur celles des citoyens, en particulier en raison de la règle d'immédiateté de l'information et de leur large diffusion. En effet, répondre à un journaliste permet d'éviter de répondre à plusieurs dizaines/centaines/milliers de demandes identiques : l'information sur la situation sanitaire liée au Covid-19 en est un excellent exemple<sup>74</sup>. C'est ainsi par exemple que les journalistes contactent directement des chargés de communication (souvent anciens journalistes) dans les différents départements de l'État de Genève, lesdits chargés

---

<sup>72</sup> ATA/734/2016 du 30 août 2016, consid. 7; ATA/341/2015 du 14 avril 2015, consid. 3.

<sup>73</sup> Voir <https://perma.cc/3AV7-DRXU> (consulté le 28 décembre 2021).

<sup>74</sup> Voir par exemple certains communiqués de presse de l'État de Genève : « Pour toute information complémentaire (MEDIAS UNIQUEMENT) : [XXX], conseiller d'État, en contactant [YYY], directeur [...] de la communication, [...], T 079 XXX YY ZZ. »

de communication partant à la récolte des informations auprès des personnes disposant des compétences « métier ».

Cela étant, même le requérant non journaliste dispose du droit d'accès aux documents consacré par l'art. 28 LIPAD. L'institution doit s'efforcer de lui répondre le mieux et le plus rapidement possible, évidemment en tenant compte des différentes contraintes organisationnelles. Même pour les sept départements cantonaux qui disposent de spécialistes de l'information, la recherche de certains documents peut être chronophage, surtout si les documents requis sont nombreux et mal identifiés. *A fortiori*, les communes ont une administration plus modeste, de sorte que le traitement des demandes LIPAD s'ajoute aux tâches ordinaires et peut ainsi prendre du temps.

L'évolution technologique a fait que les communes et autres institutions publiques ont déjà développé leur communication et pratiquent l'information active (cf, art. 18 LIPAD), ce qui laisse indirectement entendre (à tort) que ce qui n'est pas sur Internet serait interdit d'accès.

Il n'en demeure pas moins que le développement d'Internet a comme effet collatéral qu'une information qui pouvait facilement être obtenue précédemment peut être plus difficile à trouver, car elle est « noyée » dans un site Internet sans structure apparente. Tel est par exemple le cas du site du Préposé cantonal, dont l'adresse aboutissait à un certain moment<sup>75</sup> sur un message d'erreur ; tel est aussi le cas du site Internet de la Feuille d'avis officielle qui rend difficile la recherche d'informations pourtant publiques<sup>76</sup>. L'ampleur de l'information mise à disposition et l'obligation d'utiliser un moteur de recherche ont pour conséquence que les résultats sont aléatoires et incertains, ce qui peut conduire certains requérants à préférer une réponse personnalisée, en sollicitant directement un responsable LIPAD pour obtenir une information.

Autrement dit, l'information active excessive et non structurée peut avoir comme conséquence négative une augmentation des demandes d'accès, car les

---

75 Voir <https://perma.cc/G4Q8-NNWL> (consulté le 28 décembre 2021). Lors de la consultation le 28 février 2021, elle fonctionnait à nouveau.

76 – Les différentes catégories sont incohérentes (le règlement du Conseil d'État du 12 janvier 2022 modifiant le RDTR-L 5 20.01 est publié dans la catégorie « Législation/Règlement », alors que l'arrêté du Conseil d'État du même jour fixant les loyers répondant aux besoins prépondérants de la population est publié dans la catégorie « Arrêtés du Conseil d'État »).

– Les résultats ne sont pas triés par ordre chronologique.

– Les dates de publication (informatique) ne correspondent pas nécessairement aux dates des arrêtés (par exemple, le règlement précité du Conseil d'État du 12 janvier 2022 est publié à la date du 18 janvier 2022, la date du 12 janvier 2022 n'apparaissant qu'à l'ouverture du fichier informatique et étant donc inutilisable pour une recherche ; l'arrêté précité du Conseil d'État du 12 janvier 2022 est publié à la date du 14 janvier 2022, la date du 12 janvier 2022 apparaissant si on agrandit la fenêtre, tout en n'étant pas un critère de recherche) (consulté le 18 février 2022).

documents qui pouvaient initialement être facilement trouvés (par exemple, les plans en matière d'aménagement du territoire) sont désormais noyés dans le hasard d'un moteur de recherche.

Selon l'art. 26 al. 5 LIPAD, «l'institution peut refuser de donner suite à une demande d'accès à un document dont la satisfaction entraînerait un travail manifestement disproportionné». Selon la Chambre administrative de la Cour de justice, l'invocation de ce motif de refus ne se conçoit que restrictivement au regard du principe de transparence instauré par la LIPAD ; elle suppose une mise en balance des intérêts en présence et peut dès lors, à ce titre exceptionnel, justifier que l'intérêt du requérant à obtenir le document considéré soit pris en compte et, en conséquence, que le requérant soit invité à en faire état et à en justifier, en dérogation au principe ancré à l'art. 24 al. 1 LIPAD<sup>77</sup>.

Selon l'art. 28, al. 7 LIPAD, «la consultation sur place d'un document est gratuite. La remise d'une copie intervient contre paiement d'un émolument. Dans les limites fixées par le Conseil d'État, la remise d'une copie d'un document se prêtant à une commercialisation peut intervenir au prix du marché». Ainsi, la subordination de la consultation d'un dossier au siège de l'autorité au paiement préalable d'un émolument de CHF 200.- n'est pas conforme au droit (cf, aussi art. 44 al. 4 LPA)<sup>78</sup> ; il n'est pas davantage possible à une commune d'adresser une facture de CHF 260.- consécutive à la remise de documents à un administré qui souhaitait les consulter dans les locaux de la Mairie et qui n'avait pas été informé au préalable du prix de l'émolument : «la commune a pris l'initiative de transmettre au recourant des documents dont celui-ci ne demandait que la consultation. C'est donc à tort que la commune a facturé le coût des photocopies qu'elle-même a pris l'initiative d'envoyer au recourant»<sup>79</sup>. À l'inverse, un émolument peut évidemment être perçu pour des copies de documents qu'un citoyen a expressément demandées<sup>80</sup>.

## 2. Les motifs justificatifs de refus

La LIPAD n'est pas inconditionnelle et, dans la mesure où elle est applicable (cf. art. 25 LIPAD), ne confère pas un droit d'accès absolu. Elle contient ainsi des exceptions (notamment à l'art. 26 LIPAD), aux fins notamment de garantir la sphère privée des administrés et de permettre le bon fonctionnement des institutions<sup>81</sup>.

---

77 ATA/919/2014 du 25 novembre 2014, consid. 5a.

78 ATA/751/2013 du 5 novembre 2013, consid. 7 (après l'examen de chauffeur de taxi).

79 ATA/166/2003 du 25 mars 2003, consid. 7.

80 ATA/166/2003 du 25 mars 2003, consid. 7 *in fine*.

81 ATA/154/2016 du 23 février 2016, consid. 4a.

Le « *bon fonctionnement des institutions* » est un motif classique de limitation du droit d'accès<sup>82</sup>, qui représente un « *intérêt public* » « *prépondérant* » au sens de l'art. 26 al. 1 LIPAD. Il est tellement important (ou évident) qu'il n'a pas besoin d'être expressément mentionné dans l'une des lettres de l'art. 26 al. 2 LIPAD<sup>83</sup>. En effet, l'art. 26 al. 2 LIPAD contient une liste exemplative et illustrative de motifs (cf. « tel est le cas, notamment »), qui est examinée par le requérant, l'institution, le Préposé cantonal et les tribunaux ; cette liste ne saurait faire oublier qu'il peut exister d'autres motifs et qu'il faut – en suivant la systématique de la loi – commencer par la clause générale de l'art. 26 al. 1 LIPAD.

Comme l'expliquait le Conseil d'État au sujet des motifs de refus du droit d'accès, « [...] Il s'agit de préserver la faculté des organes et administrations des institutions de réfléchir, de consulter, de rédiger plusieurs projets d'une éventuelle décision avant d'arrêter son choix [...]. Il importe également que la communication de documents ne compromette pas des négociations en cours, que ce soit sur un plan purement politique (par exemple dans le cadre de discussions avec les représentants de la fonction publique), sur le plan de relations avec d'autres institutions ou collectivités publiques, sur le plan de relations de droit public (par exemple en matière d'octroi de concessions) ou encore sur le plan de relations contractuelles soumises au droit privé »<sup>84</sup>.

Le bon fonctionnement des institutions comprend tout d'abord le respect des compétences des autorités : cela inclut en particulier la séparation des pouvoirs et la démocratie semi-directe (cf *supra* II.C et III.A.2) : un citoyen requérant n'est pas un « justicier ». Il comprend ensuite le respect du processus politique suisse fondé sur le consensus et un calendrier : les politiques publiques sont préparées par l'administration sous l'impulsion et les instructions de l'exécutif (ce qui peut impliquer un certain secret), rendues publiques lors de la présentation par l'exécutif au législatif/délibératif, examinées ensuite en commission (ce qui peut impliquer un certain secret), puis débattues par le législatif/délibératif, avant une éventuelle campagne référendaire. Les phases de préparation par l'exécutif, de discussion à l'exécutif (cf. art. 26 al. 4 LIPAD) et de discussion en commission ne sont pas publiques afin de favoriser l'émergence de solutions le plus largement acceptées ; une fois que la proposition est prête (qu'il s'agisse de la proposition initiale de l'exécutif, du rapport de la commission avant le débat au plénum, du débat au législatif/délibératif et après le vote), alors le débat politique peut s'engager pleinement, en favorisant la

---

82 MGC 2000 VIII p. 7696.

83 La Commission judiciaire du Grand Conseil l'a expressément rappelé dans son rapport (MGC 2001 X p. 9697).

84 MGC 2000 VIII p. 7696.

libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 1 al. 2 let. a LIPAD). C'est aussi dans cette perspective que la LIPAD prévoit la possibilité d'un accès différé (art. 27 al. 3 et 4 LIPAD).

Ainsi, la bonne foi s'applique dans une double perspective en matière de restriction au droit d'accès : d'une part, elle permet, notamment en raison du bon fonctionnement des institutions, de s'opposer à une demande de droit d'accès grâce à la clause générale de l'art. 26 al. 1 LIPAD. D'autre part, l'institution doit respecter la bonne foi en limitant l'invocation d'intérêts privés ou publics prépondérants pour ne pas priver le droit d'accès de toute portée.

## **B. La médiation**

La confidentialité vise le contenu de la séance de médiation, les propos qui y sont tenus et les documents qui y sont cas échéant montrés.

La confidentialité ne vise pas l'existence d'une procédure devant le Préposé cantonal, ni son résultat (accord ou échec). Il est donc possible, en particulier dans les communes, pour l'exécutif d'informer<sup>85</sup> le conseil municipal – sur le principe et sans entrer dans les détails – au sujet du sort d'une procédure LIPAD. À l'inverse, il n'est pas envisageable de procéder à une communication publique étendue (par exemple par un communiqué de presse) sur le résultat d'une procédure de médiation.

En cas d'échec de la médiation, l'institution doit rendre une décision dans le délai de dix jours après la communication de la recommandation du Préposé cantonal (art. 30 al. 5 2<sup>ème</sup> phrase LIPAD). Même si la loi ne prévoit pas de sanction en cas de non-respect de ce délai, la bonne foi commande de respecter ce délai de dix jours (bien plus court au demeurant que le délai de 30 jours pour un requérant mécontent pour recourir à la Chambre administrative de la Cour de justice).

Bien que la loi ne l'exige pas, le Préposé cantonal souhaite que l'institution transmette une copie de sa décision, ce qui est logique et cohérent avec le système légal.

## **C. La procédure judiciaire**

Bien évidemment, l'exigence de bonne foi s'applique aussi en cas de recours du requérant devant la Chambre administrative de la Cour de justice. Cela implique le maintien de la confidentialité sur le contenu des échanges lors

---

85 À ce sujet, voir déjà nos réflexions ci-dessus III.A.3 « La transparence au sujet de la transparence ».

du processus de médiation (comme c'est le cas en procédure civile, selon l'art. 205 CPC).

À nouveau, il est envisageable pour l'exécutif d'informer le conseil municipal au sujet du sort d'une procédure judiciaire LIPAD. Au niveau cantonal, l'information objective à ce sujet n'est pas exclue, bien que plus rare en raison de la séparation des pouvoirs et d'une règle – fréquente, mais pas absolue – de communication selon laquelle il n'est pas fait de commentaire au sujet d'une procédure judiciaire en cours, puis de décision de justice.

## V. Le Préposé cantonal et la bonne foi

### A. La demande

Le Préposé cantonal n'est pas impliqué dans le processus préalable à la demande de médiation.

### B. La médiation

Vu les exigences élevées pour le choix du Préposé cantonal et du Préposé cantonal adjoint (cf. art. 53A LIPAD) et l'exigence d'indépendance et d'autonomie (art. 54 al. 1 LIPAD), combinées à une éventuelle récusation (art. 54 al. 2 LIPAD), il est peu vraisemblable que le Préposé soit concerné par le principe de la bonne foi.

Cela étant, la question de la bonne foi se pose lors de l'examen des documents et de la rédaction de la recommandation. L'art. 30 al. 3 2<sup>ème</sup> phrase LIPAD prévoit que «La consultation sur place des documents faisant l'objet d'une requête de médiation ne peut lui être refusée, à charge pour lui de veiller à leur absolue confidentialité et de prendre, à l'égard tant des parties à la procédure de médiation que des tiers et du public, toutes mesures nécessaires au maintien de cette confidentialité aussi longtemps que l'accès à ces documents n'a pas été accordé par une décision ou un jugement définitifs et exécutoires»<sup>86</sup>. Le respect de cette disposition s'examine de manière différente, selon que le requérant demande l'accès à un document clairement identifié<sup>87</sup>

---

86 L'art. 63 LIPAD a une teneur proche s'agissant de la confidentialité que la Chambre administrative de la Cour de justice doit respecter.

87 Par exemple le «rapport du service du contrôle financier concernant les notes de frais de la fonction publique» en Ville de Genève, objet traité par l'ATA/427/2020 du 30 avril 2020, le «rapport rédigé par deux professeurs mandatés par le Conseil administratif [de la Ville de Genève] portant sur une analyse de la fonction RH», objet traité notamment par l'ATA/578/2017 ou «l'autorisation délivrée à X relative à l'exploitation d'une discothèque», objet visé par la recommandation du 27 juillet 2017.

ou non<sup>88</sup>. Dans la première hypothèse, la simple mention par le Préposé cantonal de l'existence du ou des documents donne déjà des indications au requérant et peut porter atteinte à l'art. 26, al. 2 LIPAD : en effet, si un requérant réclame « toute décision sur amende » et que le Préposé cantonal constate qu'il y en a une, deux, trois ou dix, cela donne déjà des indications, alors même que, par hypothèse, l'amende n'est pas communicable au requérant, par exemple en raison de la protection des données personnelles ou du secret fiscal. Le Préposé cantonal doit donc veiller, dans certaines circonstances, à ne pas révéler l'existence même d'un document lorsqu'il rédige sa recommandation ; en effet, la preuve de l'existence d'un document – même non accessible – pourrait être l'objet d'une requête LIPAD (par exemple, en vue d'en demander ensuite la production dans une procédure civile, pénale ou administrative, en vertu desdites règles).

En toutes hypothèses, l'examen des motifs de refus d'accès au document dans la recommandation doit être bref et limité, pour éviter que la recommandation – nécessairement communiquée au requérant (et même publiée, de manière anonymisée par le Préposé cantonal) – ne vide de sa substance le refus de l'institution de communiquer le document concerné.

Selon nous, le Préposé cantonal doit donc faire preuve de prudence dans la rédaction de la recommandation en cas d'échec de la médiation, pour éviter d'être piégé.

### C. La procédure judiciaire

Le Préposé cantonal a qualité pour recourir à l'endroit de décisions prises en matière de données personnelles (art. 56 al. 3 let. i et art. 62 LIPAD, renvoyant aux art. 35-49). *A contrario* (cf. aussi art. 56 al. 2 LIPAD), il n'a pas qualité pour recourir contre la décision rendue par une institution en matière de transparence. Il n'a pas non plus qualité de partie dans la procédure judiciaire, mais la Chambre administrative de la Cour de justice lui transmet copie de l'arrêt rendu.

---

88 Par exemple « toute décision sur amende prononcée » par le DF à l'encontre d'un particulier, objet traité par l'ATA/1358/2021 du 14 décembre 2021 ou « tout document traitant de la question de la compatibilité au droit du refus d'admettre la scolarisation à Genève d'enfants frontaliers », objet visé par la recommandation du 29 avril 2019.

## VI. Conclusion

Comme souvent, l'application du droit est une question de pesée des intérêts et de proportionnalité. La LIPAD, par l'inversion positive du principe de la transparence vis-à-vis de celui du secret, n'est pas un outil de défiance de requérants vis-à-vis des autorités (par exemple des exécutifs communaux), ni une extension des règles de procédure pénale à disposition de n'importe qui. La LIPAD a pour but de « favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique » (art. 1 al. 2 let. a LIPAD). Comme le Préposé cantonal le mentionne dans son rapport 2021<sup>89</sup>, « il s'agit donc de ne pas détourner le droit d'accès à un document avec des objectifs autres, quand bien même le texte légal n'oblige pas le requérant à fournir un motif à l'appui de sa demande ».

La LIPAD, qui vise à favoriser la démocratie, doit donc s'articuler avec les grands principes démocratiques (et notamment celui de l'élection et de la séparation des pouvoirs), le bon fonctionnement des institutions (qui fixe notamment un rythme de communication et de consultation et préserve la collégialité des exécutifs et des commissions) et les principes de l'État de droit. Il ne s'agit donc pas d'opposer une loi à toutes les autres. Conformément à l'interprétation systématique, la LIPAD ne prime pas toutes les autres règles de droit, mais est un texte normatif parmi d'autres. De même, le droit d'accès conféré par la LIPAD ne confère pas au requérant un droit prioritaire sur toutes les autres politiques publiques. Cas échéant, la bonne foi – garantie par deux dispositions constitutionnelles – est le correctif nécessaire pour faciliter la cohésion sociale.

Au demeurant, l'accès aux documents (« AD ») n'est que l'un des éléments de la LIPAD qui comprend aussi l'information (active) du public (« IP ») et la protection des données personnelles. Après 20 ans du volet « transparence » de la LIPAD, le bilan est assurément positif, même si, concrètement, l'accès aux documents intéresse peu le citoyen *lambda*.

D'ailleurs, comme nous l'avons vu, l'information du public peut aussi être compliquée lorsqu'il y a trop d'informations ou qu'elles sont difficiles d'accès : le développement des technologies et de l'informatique peut alors donner accès à trop d'informations (inutiles ou non souhaitées) et nous faire manquer une information qui nous aurait été utile.

Le principe constitutionnel de la bonne foi est donc une norme utile et nécessaire pour interpréter et appliquer la LIPAD.

---

89 Rapport d'activité 2021 p. 45, *in fine*.

## VII. Bibliographie

- BARRELET MURIEL, *Art. 170 CC*, in : François Bohnet / Olivier Guilloid (édit.), *Droit matrimonial – Fond et procédure (Commentaire pratique)*, Bâle, 2016.
- CARRON MAXENCE, *Le mandat de durée*, Zurich, 2018.
- DESCHENAUX HENRI / STEINAUER PAUL-HENRI / BADDELEY MARGARETA, *Les effets du mariage*, 3<sup>e</sup> éd., Berne, 2017.
- DUBEY JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Bâle, 2014.
- DUBEY JACQUES, *Art. 5, Art. 9*, in : Vincent Martenet / Jacques Dubey (édit.), *Constitution fédérale (Commentaire romand)*, Bâle, 2021.
- EPINEY ASTRID, *Art. 5*, in : Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (édit.), *Bundesverfassung (Basler Kommentar)*, Bâle, 2015.
- HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN / THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10<sup>e</sup> éd., Zurich, 2020.
- HALLER WALTER / KÖLZ ALFRED / GÄCHTER THOMAS, *Allgemeines Staatsrecht*, 6<sup>e</sup> éd., Zurich, 2020.
- HOFMANN DAVID
- *Les conclusions préalables en procédure civile : une pratique genevoise conforme au CPC*, in : François Bohnet / Anne-Sylvie Dupont (édit.), *Les conclusions en procédures civile et pénale*, Bâle, 2021, p. 141-182.
  - *Accès au dossier et aux décisions judiciaires : peut-on invoquer la LIPAD ?*, SJ 2022 n° 2 p. 123-154.
- MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL / HERTIG RANDALL MAYA / FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse, volume II : Les droits fondamentaux*, 4<sup>e</sup> éd., Berne, 2021.
- MEIER PHILIPPE, *Droit des personnes (personnes physiques et morales, art. 11-89a CC)*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, 2021.
- PAYCHÈRE FRANÇOIS, *Entraide administrative et secret de fonction : le mariage de la carpe et du lapin*, in : François Bellanger / Thierry Tanquerel (édit.), *L'entraide administrative*, Zurich, 2005, p. 29-52.
- RHINOW RENÉ / SCHEFER MARKUS, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle, 2009.

- ROHNER CHRISTOPH, *Art. 9*, in : Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung (St. Galler Kommentar)*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich, 2014.
- SCHINDLER BENJAMIN, *Art. 5*, in : Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung (St. Galler Kommentar)*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich, 2014.
- SCHWANDER IVO, *Art. 170*, in : Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (édit.), *Zivilgesetzbuch I – Art. 1-456 ZGB (Basler Kommentar)*, 6<sup>e</sup> éd., Bâle, 2018.
- TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, 2018.
- TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 2021.
- TSCHANNEN PIERRE / MÜLLER MARKUS / KERN MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Berne, 2022.
- TSCHECHTSCHER AXEL, *Art. 9*, in : Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (édit.), *Bundesverfassung (Basler Kommentar)*, Bâle, 2015.



Aurélie Gavillet

# Droit d'accès aux documents officiels et protection des intérêts privés

Synthèse après 20 ans de pratique à Genève

---

<b>I. Introduction</b> .....	81
------------------------------	----

---

<b>II. Éléments de procédure</b> .....	82
<b>A. La saisine de l'autorité</b> .....	82
<b>B. Les options à disposition de l'autorité</b> .....	82
1. Le rejet d'emblée de la requête .....	82
a. L'existence d'une loi spéciale excluant l'accès .....	83
b. Le rejet d'emblée de la requête sur la base d'une pesée des intérêts .....	85
2. La consultation de la personne concernée .....	86
3. La saisine du PPDT .....	86
<b>C. Les voies de recours</b> .....	88

---

<b>III. La prise en compte des intérêts privés concernés par l'accès et l'importance de la pesée des intérêts</b> .....	88
<b>A. Les intérêts privés prévus par la loi</b> .....	88
<b>B. Les solutions légales visant à préserver les intérêts touchés</b> ..	91
1. L'accès partiel .....	91
2. L'accès différé .....	92
3. Les charges ou conditions imposées au requérant .....	93
<b>C. La pesée des intérêts</b> .....	93
1. La motivation de la requête d'accès .....	94
2. L'admissibilité des requêtes effectuées dans l'intérêt privé ..	94
<b>D. Casuistique</b> .....	98
1. Type de requérant .....	98
2. Intérêt présidant à la demande d'accès .....	100

a. Demandes effectuées dans l'intérêt à l'information du public .....	100
b. Demandes effectuées dans l'intérêt privé .....	102
3. Type de données personnelles .....	105
<hr/>	
<b>IV. Remarques conclusives .....</b>	<b>107</b>

## I. Introduction

Instauré dans le canton de Genève en 2002 et au niveau fédéral en 2006<sup>1</sup>, le droit d'accès aux documents officiels a représenté une importante évolution de la « culture » administrative. Le principe du secret de l'administration s'y est vu remplacé par celui de la transparence<sup>2</sup> dans le but notamment de renforcer les droits démocratiques, la libre formation de la volonté politique et l'acceptation des mesures étatiques<sup>3</sup>.

Après précisément vingt ans d'application, de nombreux enseignements peuvent être tirés de la pratique administrative et de la jurisprudence.

La présente contribution se penchera sur le cas particulier de la demande portant sur des documents officiels lorsque l'accès à ceux-ci est susceptible de porter atteinte à des intérêts privés. Ce cas de figure se présente régulièrement en pratique et impose aux autorités d'application du droit de trouver, dans chaque affaire, le juste équilibre entre l'intérêt à la transparence de l'activité étatique et la protection des intérêts privés<sup>4</sup>.

En outre, dans certaines affaires, ce cas de figure illustre la situation, non envisagée par le législateur au moment de l'adoption de la LIPAD, dans laquelle la requête d'accès à un document officiel est utilisée non dans un simple but d'information du public, mais afin de faire usage dans une autre procédure des documents obtenus, lesquels contiendront souvent des données personnelles de tiers concernés, qui s'opposent généralement à ce qu'elles soient transmises au requérant.

---

1 La loi genevoise sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001 (LIPAD ; RS/GE A 2 08), est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002. En 2008, avec l'ajout de son volet « protection des données », son intitulé a été modifié en loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles. Quant à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004 (LTrans ; RS 152.3), elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006.

---

2 Parmi beaucoup : ALEXANDRE FLÜCKIGER / MIKE MINETTO, La communication de documents officiels contenant des données personnelles : la pesée des intérêts dans la pratique des autorités fédérales, RDAF 2017 I p. 558-588, p. 558 ; STEPHAN C. BRUNNER / ALEXANDRE FLÜCKIGER, Nochmals: Der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten enthalten, Jusletter du 4 octobre 2010, n° 3.

---

3 Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, du 12 février 2003, FF 2003 1807, p. 1817. Cf. ég. Mémorial des séances du Grand Conseil de la République et canton de Genève, séance du vendredi 5 octobre 2001 à 17 h (en ligne), disponible sur la page : <https://perma.cc/E9JY-5MM9>. Voir ég. JOSÉ-PHINE BOILLAT / STÉPHANE WERLY, Le principe de transparence dans les cantons romands, Annuaire ADSP0 2020, p. 31-58, p. 34. Cf. ég. art. 1 al. 2 LIPAD.

---

4 Voir sur ce point BRUNNER/FLÜCKIGER (n. 3), n° 20 ss et les références.

Dans la présente contribution, nous rappellerons en premier lieu les grandes lignes de la procédure d'accès aux documents officiels, en soulignant les éléments à prendre en compte lorsque des intérêts privés sont susceptibles d'être atteints par la demande d'accès (*infra* II). Nous aborderons ensuite les mécanismes prévus par la loi pour ménager à la fois l'intérêt à l'accès aux documents et les éventuels intérêts privés qui s'y opposent (*infra* III) et terminerons notre contribution par quelques remarques conclusives (*infra* IV).

## II. Éléments de procédure

### A. La saisine de l'autorité

La requête tendant à l'obtention d'un document officiel peut être déposée par toute personne, physique ou morale (art. 24 al. 1 LIPAD). Rappelons que la loi ne pose aucune exigence de lieu de domicile, de droit de séjour ou de nationalité.

La requête doit être adressée à l'autorité en mains desquelles se trouve le document visé (art. 24 al. 1 LIPAD).

Selon la loi, la demande n'est soumise à aucune exigence de forme et n'a pas à être motivée (art. 28 al. 1 LIPAD). Il n'est ainsi pas nécessaire pour le requérant de justifier son intérêt à obtenir le document<sup>5</sup>, un intérêt général à l'information du public étant admis d'emblée compte tenu du changement de paradigme consacré par la loi.

En réalité, et on le verra *infra*, l'absence de motivation doit être en partie relativisée lorsque la demande d'accès aux documents implique une pesée des intérêts, soit en particulier lorsque l'accès aux documents touche des intérêts de tiers (cf. *infra* III).

### B. Les options à disposition de l'autorité

#### 1. Le rejet d'emblée de la requête

Saisie d'une demande, l'autorité examinera en premier lieu si l'on se trouve dans l'un des cas – plutôt exceptionnels – dans lesquels elle doit d'emblée refuser l'accès<sup>6</sup>, à savoir lorsqu'une loi spéciale prévoit le caractère secret du document, qui est ainsi soustrait au droit d'accès (*infra* a), ou parce qu'un examen préliminaire permet d'aboutir à la conclusion que les intérêts privés au refus d'accès sont manifestement prépondérants (*infra* b).

---

5 BOILLAT/WERLY (n. 3), p. 40.

6 ATF 142 II 340 consid. 4.6; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_74/2015, consid. 4.2.

a. L'existence d'une loi spéciale excluant l'accès

La jurisprudence s'est penchée à plusieurs reprises ces dernières années sur le cas dans lequel une loi spéciale exclut l'accès à certains documents officiels en lien avec la protection d'intérêts privés.

En vertu du principe de la hiérarchie des normes, il doit en principe s'agir d'une loi au sens formel. Ainsi, une norme réglementaire cantonale, en l'occurrence l'art. 7 du règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement, du 28 octobre 2015<sup>7</sup>, qui précise notamment les renseignements pouvant être délivrés aux tiers par le Service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir, n'est pas de nature à entraîner le rejet pur et simple d'une demande d'accès. Le PPDT a relevé à cet égard que cette norme peut être interprétée comme ayant plus pour but d'éclairer sur les éléments pouvant être rendus publics que d'exclure certaines informations du droit d'accès<sup>8</sup>.

À noter toutefois que, dans un arrêt, la Chambre administrative de la Cour de justice (CACJ) a admis qu'une norme de rang réglementaire, à savoir l'art. 8 du règlement relatif à la protection de la personnalité à l'État de Genève (RPPers), du 12 décembre 2012<sup>9</sup>, qui prévoit une « totale confidentialité » des démarches informelles menées par le Groupe de confiance chargé de la mise en œuvre du dispositif de protection de la personnalité au sein de l'État de Genève, de même que la confidentialité des documents et informations réunis par le Groupe de confiance dans ses démarches, suffit pour exclure l'accès aux échanges intervenus entre des collaborateurs et le Groupe de confiance<sup>10</sup>.

La CACJ a considéré dans cette affaire qu'un rapport du Groupe de confiance ne pouvait pas être obtenu compte tenu de la teneur de l'art. 8 RPPers. Elle a en outre relevé que l'intérêt privé des personnes ayant fait appel au Groupe de confiance devait être considéré comme prépondérant<sup>11</sup>.

Si l'on peut effectivement considérer que l'intérêt privé des personnes ayant fait appel au Groupe de confiance s'oppose à la transmission des rapports de cette entité, le rang réglementaire de l'art. 8 RPPers aurait à notre avis au moins dû être relevé. À cet égard, on aurait pu considérer que la protection des personnes faisant appel au Groupe de confiance et la confidentialité des échanges et des rapports de cette entité trouve un ancrage législatif à

---

7 RRDBHD ; RS/GE I 2 22.01.

8 Recommandation du PPDT du 27 juillet 2017, Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2017, p. 14-15.

9 RPPers ; RS/GE B 5 05.10.

10 ATA/753/2013 du 12 novembre 2013.

11 ATA/753/2013 du 12 novembre 2013.

l'art. 2B de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC), du 4 décembre 1997<sup>12</sup>, qui prévoit le principe de la protection de la personnalité des collaborateurs de l'État de Genève.

La jurisprudence et la pratique ont notamment abordé les bases légales suivantes dans des cas concernant des demandes d'accès à des documents contenant des données personnelles :

- L'art. 44 al. 1 LTr, qui impose l'obligation de garder le secret aux autorités d'exécution de cette loi, empêche un dénonciateur d'obtenir l'accès au dossier constitué par l'OCIRT sur un employeur à la suite de sa dénonciation<sup>13</sup>.
- L'art. 18 de la loi sur la surveillance de l'État du 13 mars 2014<sup>14</sup>, qui prévoit la confidentialité des rapports du Service d'audit interne de l'État de Genève, empêche l'accès aux rapports de cette entité. À noter en revanche que, sur le plan communal, en application de l'art. 15 al. 2 du règlement de la Ville de Genève sur le contrôle interne, l'audit interne et la révision des comptes annuels, qui prévoit que le Conseil administratif a le pouvoir de transmettre ou publier les rapports en procédant aux adaptations nécessaires afin de protéger la personnalité des collaborateurs, l'accès à un rapport d'audit n'a pas été considéré comme exclu<sup>15</sup>.
- Le secret fiscal, consacré par plusieurs dispositions en droit fédéral et cantonal (art. 110 al. 1 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD), du 14 décembre 1990<sup>16</sup>, art. 39 al. 1 de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID), du 14 décembre 1990<sup>17</sup>, art. 11 al. 1 de la loi genevoise de procédure fiscale (LPFisc), du 4 octobre 2001<sup>18</sup>), s'oppose à la transmission à un journaliste de décisions relatives à une ou plusieurs amendes fiscales prononcées à l'encontre d'un contribuable déterminé<sup>19</sup>.
- Les art. 86 ss de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), du 25 juin 1982<sup>20</sup>, qui prévoient des règles

---

12 LPAC; RS/GE B 5 05.

13 Recommandations du PPDT des 9 janvier et 7 mars 2017, Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2017, p. 13-14. Voir cependant l'arrêt du Tribunal fédéral 1C\_129/2016 du 14 février 2017 sur un autre cas d'application de cette disposition.

14 LSurv/GE; RS/GE D 1 09.

15 ATA/427/2020 du 30 avril 2020.

16 LIFD; RS 642.11.

17 LHID; RS 642.14.

18 LPFisc; RS/GE D 3 17.

19 ATA/1358/2021 du 14 décembre 2021.

20 LPP; RS 831.40.

s'agissant de la communication d'informations par les caisses de pension, ne s'opposent en revanche pas à l'accès aux documents officiels en mains de la Caisse de pension de l'État de Genève (CPEG), mais constituent uniquement des règles générales rappelant le secret de fonction<sup>21</sup>.

L'on peut relever que les bases légales qui prévoient des obligations de garder le secret ou de confidentialité consacrent en réalité une pesée des intérêts déjà effectuée par le législateur entre l'intérêt à la transparence et les intérêts privés concernés. Comme cela ressort de l'arrêt de la CACJ portant sur l'art. 8 RPPers mentionné ci-dessus, une pesée des intérêts effectuée par l'autorité administrative ou le juge en faisant abstraction de ces normes aboutira en principe à la conclusion que les intérêts privés s'opposant à la transmission priment.

b. Le rejet d'emblée de la requête sur la base d'une pesée des intérêts

Pour ce qui est de la seconde hypothèse dans laquelle l'accès peut être nié d'emblée par l'autorité, celle de l'existence d'un intérêt s'opposant à la transmission qui serait prépondérant au point que l'autorité n'envisage même pas de consulter la personne concernée, les cas sont plus rares.

L'on peut mentionner un arrêt du 23 mai 2017 qui concernait une demande d'accès à un courrier adressé par un avocat au Grand Conseil. Ce document comprenait de nombreuses données personnelles de tiers et des données couvertes par le secret professionnel, alors que le requérant ne faisait valoir aucun intérêt à la transmission de ce document. Les autorités ont d'emblée rejeté la requête, ce qui a été confirmé par la CACJ, laquelle a néanmoins appelé en cause l'auteur du courrier pour qu'il se détermine<sup>22</sup>.

Le Tribunal fédéral a précisé dans sa jurisprudence relative à la LTrans que les exceptions au droit d'accès doivent être entendues restrictivement, sauf à vider de sa substance le droit à l'information institué par la loi<sup>23</sup>. Ces considérations sont à l'évidence transposables en droit cantonal<sup>24</sup>. C'est ainsi seulement dans les cas où le rejet de la requête apparaît manifeste et sans alternative que l'autorité peut faire usage de cette possibilité sans consulter plus avant les personnes concernées. De tels cas constitueront évidemment l'exception.

---

21 Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_336/2021 du 3 mars 2022, annulant l'arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice ATA/424/2021 du 20 avril 2021, qui avait considéré que les art. 86 ss LPP s'opposaient à l'accès.

---

22 ATA/576/2017 du 23 mai 2017.

---

23 ATF 146 II 265 consid. 5.3.

---

24 Cf. dans ce sens : ATA/880/2021 du 31 août 2021, consid. 7a *in fine* et 7b.

## 2. La consultation de la personne concernée

Lorsque l'autorité arrive à la conclusion que la demande ne doit pas être d'emblée rejetée et que des intérêts privés protégés par la loi sont touchés, elle doit alors consulter la ou les personne(s) concernée(s), en principe en indiquant si elle envisage d'octroyer l'accès au document, et leur impartir un « bref délai » pour lui communiquer une éventuelle opposition à la communication du document (art. 28 al. 4 LIPAD).

L'art. 4 al. 4 du règlement d'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (RIPAD), du 21 décembre 2011<sup>25</sup>, précise à cet égard que le silence du tiers interpellé par l'institution en application de l'art. 28 al. 4 LIPAD vaut acceptation de la transmission du document pour autant que son attention ait été au préalable attirée sur cette conséquence et que l'objet de la requête ait été précisément annoncé, tout comme le délai dans lequel la réponse est attendue.

## 3. La saisine du PPDT

À l'issue de son examen, l'autorité indiquera au requérant et à la personne concernée soit qu'elle entend rejeter la demande d'accès, soit l'admettre. Cette annonce d'intention de l'autorité ne constitue pas une décision au sens de l'art. 4 de la loi genevoise sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985<sup>26</sup>.

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (PPDT) peut alors être saisi, soit par le requérant à qui l'autorité a indiqué qu'elle entendait rejeter sa demande d'accès, soit par le tiers opposé à la transmission d'un document susceptible de toucher ses intérêts protégés, dans un délai de dix jours à compter de la confirmation écrite de l'autorité (art. 28 al. 5 et 6 et art. 30 LIPAD).

Le PPDT recueillera de manière informelle l'avis des institutions et personnes concernées et tentera une médiation. Si celle-ci aboutit, l'affaire est classée. Si elle n'aboutit pas, il formulera une recommandation écrite relative à la communication du document demandé. L'autorité rendra alors une décision dans les dix jours (art. 30 al. 3-5 LIPAD).

Les statistiques suivantes peuvent être tirées des rapports d'activité du PPDT pour les cinq dernières années.

En 2017, sur 19 demandes de médiation, 5 ont abouti à un accord, 9 n'ont pas abouti et ont donné lieu à une recommandation (dont 8 relatives à la transparence), 3 ont abouti au retrait de la demande avant ou après l'organisation

---

25 RIPAD ; RS/GE A 2 08.01.

26 LPA ; RS/GE E 5 10.

de la séance de médiation, et 2 étaient toujours en cours en fin d'année<sup>27</sup>. Sur les 8 recommandations rendues par le PPDT, 6 visaient l'accès au document et 2 le refus d'accès. Dans 4 des cas dans lesquels l'accès était recommandé par le PPDT, l'institution concernée n'a pas suivi la recommandation<sup>28</sup>.

En 2018, sur 21 demandes de médiation, 5 ont abouti à un accord, 2 n'ont pas abouti et ont donné lieu à une recommandation, 11 ont abouti au retrait de la demande avant ou après l'organisation de la séance de médiation, et 3 ne concernaient pas une question d'accès aux documents officiels et ont été classées<sup>29</sup>. Les 2 recommandations rendues par le PPDT concluaient au refus d'accès et ont été suivies par les institutions concernées<sup>30</sup>.

En 2019, sur 19 demandes de médiation, 2 ont abouti à un accord, 8 n'ont pas abouti et ont donné lieu à une recommandation, 4 ont abouti au retrait de la demande après l'organisation de la séance de médiation, 3 ne concernaient pas une question d'accès aux documents officiels et ont été classées, et 2 étaient toujours en cours en fin d'année<sup>31</sup>. Sur les 8 recommandations rendues par le PPDT, 7 visaient l'accès au document et 1 le refus d'accès. Dans 2 des cas dans lesquels l'accès était recommandé par le PPDT, l'institution concernée n'a pas suivi la recommandation<sup>32</sup>.

En 2020, sur 24 demandes de médiation, 6 ont abouti à un accord, 7 n'ont pas abouti et ont donné lieu à une recommandation, 3 ont abouti au retrait de la demande avant l'organisation de la séance de médiation, 2 ne concernaient pas une question d'accès aux documents officiels et ont été classées, et 6 étaient toujours en cours en fin d'année<sup>33</sup>. Sur les 7 recommandations rendues par le PPDT, 4 visaient l'accès au document et 1 le refus d'accès. Dans deux cas, le PPDT n'a pas pu se prononcer dans la mesure où l'autorité avait refusé de lui transmettre les documents faisant l'objet de la requête. Dans 2 des cas dans lesquels l'accès était recommandé par le PPDT, l'institution concernée n'a pas suivi la recommandation<sup>34</sup>.

En 2021, sur 36 demandes de médiation, 4 ont abouti à un accord, 12 n'ont pas abouti et ont donné lieu à une recommandation, 9 ont abouti au retrait de la demande avant ou après l'organisation de la séance de médiation, 4 ne

---

27 Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2017, p. 12-13.

28 Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2017, p. 13-16.

29 Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2018, p. 11-12.

30 Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2018, p. 12-13.

31 Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2019, p. 12.

32 Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2019, p. 12-14.

33 Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2020, p. 13.

34 Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2020, p. 13.

concernaient pas une question d'accès aux documents officiels et ont été classées, et 7 étaient toujours en cours en fin d'année<sup>35</sup>. Sur les 12 recommandations rendues par le PPDT, 6 ont conclu à l'accès au document et 6 au refus d'accès. Dans 1 cas dans lequel l'accès était recommandé par le PPDT, l'institution concernée n'a pas suivi la recommandation<sup>36</sup>.

### C. Les voies de recours

La décision de l'autorité rendue à la suite de la recommandation ou du préavis du PPDT peut ensuite faire l'objet d'un recours auprès de la CACJ (art. 60 al. 1 LIPAD, art. 132 LOJ et art. 57 ss LPA), puis du Tribunal fédéral (art. 82 ss de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), du 17 juin 2005<sup>37</sup>).

## III. La prise en compte des intérêts privés concernés par l'accès et l'importance de la pesée des intérêts

La LIPAD énumère une série d'intérêts, publics ou privés, susceptibles de s'opposer à la demande (*infra* A) et prévoit plusieurs mécanismes afin de les ménager et les faire, dans la mesure du possible, cohabiter avec l'intérêt à l'accès au document (*infra* B). Dans certains cas, une pesée des intérêts devra être effectuée (*infra* C). Vu le champ de notre contribution, notre analyse se concentrera sur le cas de figure dans lequel ce sont des intérêts privés qui s'opposent à l'accès.

### A. Les intérêts privés prévus par la loi

L'art. 26 al. 1 LIPAD prévoit qu'en cas d'intérêt prépondérant, les documents sont soustraits au droit d'accès. Les intérêts privés suivants sont énumérés par la loi, de manière non exhaustive :

- La protection des données personnelles. Selon l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD, un intérêt prépondérant s'oppose à l'accès lorsque celui-ci est propre à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers. Celles-ci sont prévues par l'art. 39 al. 9 LIPAD, selon lequel la communication de données personnelles à une

---

35 Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2021, p. 13.

36 Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2021, p. 13.

37 LTF; RS 173.110.

tierce personne de droit privé n'est possible, alternativement, que si une loi ou un règlement le prévoit explicitement (let. a) ou un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose (let. b).

- La protection de la sphère privée ou familiale (art. 26 al. 2 let. g LIPAD), ainsi que, de manière semblable, la protection des informations sur l'état de santé d'une personne (art. 26 al. 2 let. h LIPAD).
- La protection des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, du secret fiscal, du secret bancaire ou du secret statistique (art. 26 al. 2 let. i LIPAD).
- La protection des informations dont la communication donnerait à des tiers un avantage indu, notamment en mettant un concurrent en possession d'informations auxquelles il n'aurait pas accès dans le cours ordinaire des choses (art. 26 al. 2 let. j LIPAD). Ce cas de figure vise par exemple les informations de nature commerciale transmises aux autorités dans le cadre de demandes d'autorisation<sup>38</sup>.

Des énumérations similaires, si ce n'est identiques, se retrouvent dans toutes les lois cantonales ainsi que dans la LTrans.

Peu d'éléments figurent dans la jurisprudence et la doctrine sur la notion elle-même d'« intérêt » figurant dans la législation en matière d'accès aux documents.

Pour appréhender les contours de cette notion, il nous semble que l'on peut se référer *mutatis mutandis* à la notion d'intérêt digne de protection développée en droit administratif général en lien notamment avec la qualité de partie ou le droit à l'obtention d'une décision relative à un acte matériel. Dans ce cadre, l'intérêt digne de protection, qui peut être juridique ou de fait, correspond notamment dans l'utilité pratique qu'apporte le fait d'éviter de subir directement un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre, à la suite d'une activité étatique<sup>39</sup>.

Dans l'application de la LIPAD, l'intérêt s'opposant à l'accès peut donc être défini comme l'utilité pratique apportée par le fait d'éviter de subir un préjudice suite à la transmission d'un document officiel.

À noter que la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en application de la LTrans a précisé le degré de mise en danger de l'intérêt touché : un risque

---

38 Comparer au niveau fédéral avec l'art. 7 al. 1 let. h LTrans, qui prévoit que le droit d'accès est limité, différé ou refusé lorsqu'il peut avoir pour effet de divulguer des informations fournies librement par un tiers à une autorité qui en a garanti le secret.

39 Parmi beaucoup : ATF 144 II 233 consid. 7 ; ATF 139 III 504 consid. 3.3.

abstrait de mise en danger n'est pas suffisant. L'atteinte doit présenter un certain degré de probabilité<sup>40</sup>. Ces considérations doivent également valoir dans l'application des lois cantonales.

Ainsi, il ne suffit pas à l'autorité d'indiquer que des intérêts seraient touchés par l'accès au document ; encore lui faut-il démontrer en quoi ils le seraient concrètement, ou avec un degré de probabilité suffisant<sup>41</sup>.

En principe, l'existence d'un intérêt privé s'opposant à l'accès au document dans un cas d'espèce impliquera généralement que le document contient des données personnelles<sup>42</sup>. Le contraire n'est pas vrai : il est possible que le document contienne des données personnelles sans que sa transmission ne porte atteinte à un intérêt privé. Cela est par exemple le cas lorsque le document, comme une décision ou un procès-verbal, contient simplement le nom et la signature d'un membre de l'administration<sup>43</sup>.

Les intérêts privés touchés seront généralement des intérêts de personnes extérieures à l'État, en particulier des administrés dont les données sont traitées par les autorités administratives dans l'exercice de tâches publiques, ou de cocontractants ayant fourni leurs données dans le cadre de relations contractuelles avec des collectivités publiques.

Dans un cas, l'on peut signaler que la protection de ses intérêts privés a été invoquée par un établissement de droit public soumis à la LIPAD (en l'occurrence la Caisse de prévoyance de l'État de Genève (CPEG)), en lien avec une demande de documents en mains de l'Office cantonal du logement et de la planification foncière (OCLPF) sollicités par la représentante de locataires afin de procéder à un calcul de rendement en droit du bail pour des logements sortis du contrôle de l'État et dont la CPEG est propriétaire. La CPEG a argumenté dans ce cadre que les logements en question font partie de son patrimoine financier et ne sont pas affectés à une tâche publique, de sorte qu'elle se comporterait comme un propriétaire privé<sup>44</sup>. La CACJ a relevé que les documents demandés concernaient une période dans laquelle les logements concernés étaient soumis au contrôle de l'Etat, et a pour le surplus considéré que les intérêts privés allégués (à savoir un inconvénient économique si l'accès

---

40 ATF 142 II 324 consid. 3.4.

41 Voir dans ce sens la recommandation du PPDT du 21 avril 2021, Demande d'accès de X. à la commune de Versoix portant sur diverses factures et sur des documents relatifs à un projet de partenariat, n° 43, ou la recommandation du PPDT du 11 mars 2021, Demande d'accès de X à l'OCLPF portant sur des documents utiles pour réaliser un calcul de rendement, n° 41.

---

42 FLÜCKIGER/MINETTO (n. 2), p. 562-563.

43 ALEXANDRE FLÜCKIGER, in : Brunner/Mader (édit.), Öffentlichkeitsgesetz, Berne 2008, n° 14 *ad art.* 9 LTrans.

---

44 ATA/39/2022 du 18 janvier 2022, consid. 13 en fait.

aux documents aboutissait à une baisse de loyer et une position de négociation moindre de la CPEG par rapport à ses locataires par rapport à la situation dans laquelle les locataires ne disposent pas des documents) n'étaient pas prépondérants<sup>45</sup>.

## **B. Les solutions légales visant à préserver les intérêts touchés**

L'art. 27 LIPAD prévoit plusieurs solutions visant à concilier l'intérêt à l'accès au document et les intérêts qui s'opposeraient à celui-ci, à savoir l'accès partiel (*infra* 1), l'accès différé (*infra* 2) et la possibilité d'imposer des charges au requérant (*infra* 3).

### **1. L'accès partiel**

Selon l'art. 27 al. 1 LIPAD, pour autant que cela ne requière pas un travail disproportionné, un accès partiel doit être préféré à un simple refus d'accès au document dans la mesure où seules certaines données ou parties du document considéré doivent être soustraites à communication pour préserver les intérêts énoncés à l'art. 26 LIPAD. Les mentions à soustraire au droit d'accès doivent être caviardées de façon à ce qu'elles ne puissent être reconstituées et que le contenu informationnel du document ne s'en trouve pas déformé au point d'induire en erreur sur le sens ou la portée du document (al. 2)<sup>46</sup>.

Le caviardage du document permet donc, lorsqu'il est possible, de supprimer les éléments (soit, en présence d'un intérêt privé, en principe des données personnelles) protégés par l'intérêt s'opposant à la transmission du document de manière à ce que l'accès puisse être accordé.

Lorsque le caviardage et l'anonymisation du document sont possibles, la consultation de la personne concernée n'est alors en théorie pas nécessaire<sup>47</sup> puisque cette personne n'est plus censée être identifiable. De manière semblable, aucune pesée entre l'intérêt à l'accès au document et l'intérêt privé à la non-divulgaration des données personnelles qu'il contient n'a à être effectuée, puisqu'il n'existe alors théoriquement plus d'intérêt s'opposant à l'accès au document.

Dans la réalité, l'on constate qu'à l'exception de la situation dans laquelle le document demandé contient peu de données personnelles et que leur caviardage n'entrave pas la compréhension du document, les questions de savoir

---

45 ATA/39/2022 du 18 janvier 2022, consid. 8b.

46 De manière semblable en droit fédéral, mais avec une formulation différente, l'art. 9 al. 1 LTrans prévoit que les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant qu'ils ne soient consultés.

47 FLÜCKIGER/MINETTO (n. 2), p. 580.

quels sont les éléments couverts par un intérêt prépondérant et quels éléments peuvent être caviardés sans porter atteinte à la compréhension du document font souvent l'objet, entre le requérant, l'autorité et la personne dont les intérêts sont touchés par la demande d'accès, de longs débats qui se poursuivent fréquemment devant les tribunaux.

Il arrive dans certains cas que les tribunaux effectuent eux-mêmes un travail très concret de tentative d'anonymisation pour déterminer comment concilier les intérêts en jeu.

Par exemple, dans une affaire qui concernait une requête d'un média de pouvoir accéder à un rapport d'audit relationnel concernant un service administratif dans lequel des personnes étaient mises en cause, l'ancien Tribunal administratif a considéré, « après consultation du texte intégral de l'audit et après avoir tenté de le caviarder »<sup>48</sup> que la publication intégrale devait être soit autorisée, soit refusée, mais qu'un caviardage partiel « rendrait le document illisible ou sans intérêt »<sup>49</sup>.

De manière semblable, dans un arrêt portant sur une demande d'un ancien employé de l'Université de Genève ayant participé à un projet entre celle-ci et des partenaires privés d'avoir accès aux documents contractuels du projet afin de déterminer à qui appartenait la propriété intellectuelle et les *royalties* prévues, pour cas échéant faire valoir des prétentions contre l'Université, la CACJ a examiné l'ensemble des éléments caviardés par l'autorité intimée et a ordonné à cette dernière de donner un accès à une version non caviardée de certaines rubriques des documents demandés<sup>50</sup>.

À noter que la possibilité de l'accès partiel/caviardage atteint ses limites lorsque la demande d'accès vise précisément à obtenir les données protégées. Dans ce cas, un accès partiel ou un caviardage ne répond pas à la demande et n'est ainsi pas envisageable<sup>51</sup>. La question doit alors être résolue au moyen de la pesée des intérêts prévue par l'art. 26 LIPAD.

## 2. L'accès différé

L'art. 27 al. 3 LIPAD prévoit également la possibilité d'un accès différé au document, jusqu'à un terme susceptible d'être précisé, lorsque l'obstacle à sa communication a un caractère temporaire.

---

48 ATA/752/2004 du 28 septembre 2004, consid. 11.

49 *Ibid.*

---

50 ATA/880/2021 du 31 août 2021.

51 ATF 142 II 340 consid. 4.1. Voir dans ce sens la recommandation du PPDT du 4 novembre 2020 portant sur toute décision sur amende rendue à l'encontre d'une personnalité politique genevoise, n° 44.

À notre connaissance, cette disposition n'a pas fait l'objet de jurisprudence. En lien avec la problématique de la demande d'accès risquant de porter atteinte à des intérêts privés, soit en particulier en présence de données personnelles, l'on ne voit guère qu'un accès différé dans le temps permette d'éviter l'atteinte.

La possibilité d'un accès différé est sans doute plutôt envisageable dans les cas d'intérêts publics prépondérants visés par l'art. 26 al. 2 LIPAD, à savoir notamment la mise en péril de la sécurité de l'État ou de la sécurité publique, des relations internationales ou confédérales (let. a), l'entrave au processus décisionnel ou à la position de négociation d'une institution (let. c), ou encore la compromission d'enquêtes (let. d).

### 3. Les charges ou conditions imposées au requérant

Enfin, l'art. 27 al. 4 LIPAD prévoit la possibilité que l'octroi de l'accès – total, partiel ou différé – puisse être assorti de charges ou conditions.

Par exemple, lorsque l'anonymisation des documents entraînerait un travail manifestement disproportionné (cf. art. 26 al. 5 LIPAD, qui permet même de refuser l'accès en cas de travail disproportionné), l'on peut envisager la signature par le requérant d'un engagement de confidentialité. Cet instrument est notamment employé pour les demandes d'accès à la jurisprudence lorsqu'elles sont effectuées dans un but scientifique ou apparenté et portent sur un nombre élevé de décisions (par exemple une demande de consultation de toutes les décisions rendues par une juridiction dans un domaine déterminé)<sup>52</sup>.

L'on peut également envisager qu'il soit imposé au requérant que les documents soient utilisés uniquement dans le but de la demande d'accès, par exemple un but de recherche scientifique.

Il faut relever que, contrairement à l'accès partiel ou différé, la décision d'assortir de charges ou conditions l'accès à un document non anonymisé intervient parallèlement à, voire après la pesée des intérêts (cf. sur ce point *infra* C), et dans le cas où l'autorité ou le juge parvient à la conclusion que l'intérêt à l'accès au document non anonymisé prime sur celui au refus d'accès.

## C. La pesée des intérêts

Lorsque l'anonymisation du document ou l'octroi d'un accès partiel à celui-ci ne sont pas possibles, une pesée des intérêts doit être effectuée. Elle vise à

---

52 Cf. p. ex. arrêts du Tribunal fédéral 1C\_394/2018 du 7 juin 2019, consid. 6.4. ; 1C\_225/2019 du 27 juin 2019, consid. 5.4.

déterminer lequel, entre l'intérêt à l'accès au document et celui qui s'y oppose, est prépondérant.

Différentes problématiques se sont posées dans ce cadre en vingt ans d'application des dispositions pertinentes dans le canton de Genève.

Sans prétention d'exhaustivité, nous aborderons ci-après deux questions qui nous paraissent présenter un intérêt particulier, à savoir d'une part celle de la motivation de la requête, spécialement s'agissant de l'intérêt du requérant à l'accès au document (*infra* 1), et d'autre part la question de l'admissibilité des requêtes effectuées dans l'intérêt privé (*infra* 2).

## **1. La motivation de la requête d'accès**

On l'a vu, la loi prévoit que la requête d'accès aux documents officiels n'a pas à être motivée (art. 28 al. 1 LIPAD).

Toutefois, lorsque l'autorité ou le juge doit procéder à une pesée des intérêts en présence, le requérant qui veut démontrer que l'intérêt à l'accès au document est prépondérant sera bien inspiré de motiver sa demande. On constate ainsi à la lecture des recommandations du PPDТ et de la jurisprudence que les requêtes sont généralement motivées, étant relevé qu'une requête initialement non motivée peut toujours l'être ultérieurement, notamment durant le processus de médiation conduit par le PPDТ. En tout état, on constate que les autorités identifient souvent un intérêt général à la transparence pesant en faveur de l'accès au document, qui découle du principe de transparence consacré par la loi.

## **2. L'admissibilité des requêtes effectuées dans l'intérêt privé**

Plus intéressante est la question de l'admissibilité des requêtes effectuées non dans un intérêt général à l'information du public, mais dans l'intérêt privé du requérant.

La pratique a en effet vu des plaideurs utiliser la législation sur la transparence afin d'obtenir des documents dans le but de défendre leurs intérêts privés, soit notamment afin d'alimenter une autre procédure. Le plus souvent dans ce cas de figure, les documents demandés contiennent des données de tiers, dont les intérêts s'opposent à l'accès, en particulier lorsque les données risquent précisément d'être utilisées contre les tiers concernés.

Cette utilisation de la législation sur la transparence se reflète dans les statistiques publiées par le PPDТ s'agissant des auteurs des demandes de médiation déposées par des administrés : la majorité des demandes est en réalité formée par des avocats.

Un examen des statistiques des cinq dernières années permet en effet de faire les constats suivants :

- Pour l'année 2021, sur 36 requêtes de médiation, 24 ont été formées par des avocats, 6 par des particuliers, 3 par des journalistes, 2 par des associations et 1 par une fondation<sup>53</sup>.
- En 2020, sur 24 requêtes de médiation, 9 ont été formées par des avocats, 8 par des particuliers, 3 par des journalistes, 2 par des sociétés anonymes, 1 par une entreprise individuelle et 1 par une association<sup>54</sup>.
- Il en a été de même en 2019, où sur 19 requêtes de médiation, 11 ont été déposées par des avocats, 4 par des particuliers, 3 par des journalistes et 1 par une association<sup>55</sup>.
- En 2018, sur 21 requêtes de médiation, 9 ont été formées par des avocats, 5 par des particuliers, 4 par des journalistes, 2 par des associations et 1 par une institution publique<sup>56</sup>.
- Enfin, en 2017, sur 19 requêtes de médiation, 8 ont été formées par des particuliers, 7 par des avocats, 3 par des journalistes et 1 par une société anonyme<sup>57</sup>.

Le Tribunal fédéral s'est penché sur l'admissibilité des demandes d'accès formées dans l'intérêt privé dans un arrêt du 28 mai 2018, qui concernait une demande d'accès à tout son dossier personnel afin d'utiliser les données en vue d'une autre procédure. Il a relevé que la législation sur la transparence ne fait pas dépendre l'accès à un document officiel d'un intérêt ou d'un but particulier, de sorte que l'intention du requérant quant à l'utilisation qu'il entend faire du document demandé n'est pas déterminante. L'existence d'une autre procédure dans laquelle les documents sont susceptibles d'avoir une utilité ne constitue ainsi en elle-même pas un motif de refuser leur accès. La décision d'autoriser ou refuser l'accès doit être prise exclusivement à la lumière des conditions posées par la LIPAD, soit notamment la pesée des intérêts à effectuer conformément à l'art. 26 LIPAD<sup>58</sup>.

À cet égard, un intérêt privé à l'accès au document est susceptible d'être pris en compte s'il est prépondérant par rapport à l'intérêt au secret. Lorsque le document contient des données personnelles, l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD opère en effet un renvoi aux conditions de l'art. 39 al. 9 LIPAD, selon lequel la

---

53 Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2021, p. 13.

---

54 Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2020, p. 14.

---

55 Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2019, p. 13.

---

56 Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2018, p. 11.

---

57 Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2017, p. 12.

---

58 Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_642/2017 du 28 mai 2018 et la note de STÉPHANE GRODECKI, RDAF I 2018, p. 623-625.

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 (let. a) ou si un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose (let. b).

Dans ce cadre, dans la mesure où le document contient des données personnelles (ce qui sera généralement le cas lorsque l'accès porte atteinte à un intérêt privé), il peut être argumenté, qu'il n'y a pas lieu de faire une différence entre les demandes d'accès fondées sur les art. 24 ss LIPAD ou sur l'art. 39 al. 9 LIPAD, puisque d'une part le requérant est en mesure de solliciter l'accès aux données personnelles contenues dans le document sur la base de cette dernière disposition, et d'autre part l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD renvoie précisément aux conditions de l'art. 39 LIPAD.

Ainsi, dans le cadre de la pesée des intérêts effectuée en vertu de l'art. 26 LIPAD, un intérêt privé du requérant peut être pris en compte lorsqu'il est allégué, et la demande d'accès acceptée si cet intérêt apparaît comme prépondérant par rapport à l'intérêt au secret.

Dans la jurisprudence relative à l'art. 39 al. 9 LIPAD, les demandes d'accès à des données personnelles effectuées dans le but, pour le requérant, de faire valoir ses droits en justice sont généralement considérées comme justifiées par un intérêt digne de protection du requérant et admises à ce titre<sup>59</sup>.

Elles pourraient donc, vu le renvoi de l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD, également être considérées comme admissibles en matière de demandes d'accès à des documents officiels.

Alternativement, lorsqu'une demande d'accès à un document officiel contenant des données personnelles est effectuée afin d'utiliser ces données dans l'intérêt privé du requérant, il pourrait être envisageable de traiter une telle demande comme une demande d'accès aux données personnelles plutôt qu'une demande d'accès aux documents officiels.

Une analyse des recommandations du PPDT et de la jurisprudence genevoise permet de faire les constatations suivantes en lien avec cette problématique.

En premier lieu, aucune demande d'accès à des documents officiels n'a à notre connaissance été rejetée pour le seul motif qu'elle aurait été formée purement dans un intérêt privé et non dans le but d'information du public visé par la LIPAD.

Dans certains cas toutefois, alors que d'autres motifs s'opposaient à l'accès (par exemple le fait que le document a été élaboré dans le cadre d'une

---

59 Parmi beaucoup : ATA/175/2019 du 26 février 2019, consid. 4e.

procédure judiciaire en cours), il a été relevé comme argument subsidiaire que l'accès demandé par un requérant était contraire au but de la LIPAD<sup>60</sup>.

Dans d'autres cas, un accès au document formé dans l'intérêt privé, lequel a été considéré comme prépondérant par rapport à l'intérêt privé s'opposant à l'accès, a été admis. Dans ces situations, la question de la conformité de la démarche avec les buts de la LIPAD a été considérée comme non pertinente<sup>61</sup>.

Il faut relever que dans un arrêt du 31 août 2021<sup>62</sup>, la CACJ a tracé un parallèle avec la jurisprudence récente du Tribunal fédéral rendue en droit privé sur les demandes d'accès aux données personnelles fondées sur l'art. 8 LPD. Rappelons que cette disposition permet à toute personne de demander au maître d'un fichier si des données la concernant sont traitées. Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a abordé la question de l'utilisation abusive du droit à l'information fondé sur cette disposition. Dans une affaire qui concernait une demande formée par une ancienne partenaire contractuelle, qui avait en substance demandé à une société de lui fournir toute la correspondance, les documents contractuels et de négociation, les notes et les documents préparatoires la concernant, le Tribunal fédéral a considéré qu'il s'agissait d'une «*fishing expedition*» formée dans le cadre de la préparation d'une procédure, dans le but d'obtenir des moyens de preuve qui ne pourraient l'être autrement. Une telle requête, qui avait pour seul but de se renseigner sur la partie adverse et de se procurer des moyens de preuve ne pouvant être obtenus autrement, a été considérée comme abusive, l'art. 8 LPD étant utilisé dans un but contraire à celui de la protection des données (*datenschutzwidrig*)<sup>63</sup>.

Dans l'affaire dans laquelle la CACJ s'est référée à cette jurisprudence – concernant une demande d'un ancien employé de l'Université d'accès à des contrats conclus entre celle-ci et des sociétés externes dans un projet auquel il avait participé en tant qu'inventeur, et visant à savoir qui était le propriétaire de la propriété intellectuelle créée dans le cadre du projet et l'existence de *royalties* – elle a considéré qu'un éventuel abus de droit du requérant n'était pas «*manifeste*» à l'aune des principes susvisés et a écarté ce grief<sup>64</sup>.

---

60 P. ex. : Recommandation du PPDT du 29 mars 2021, Demande d'accès à un courriel de l'Université de Genève, n° 42; Recommandations des 5 et 6 juin 2019, Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2019 du PPDT, p. 14.

---

61 P. ex. : ATA/39/2022 du 18 janvier 2022, consid. 6.

---

62 ATA/880/2021 du 31 août 2021.

---

63 Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_277/2020 du 18 novembre 2020.

---

64 ATA/880/2021 du 31 août 2021, consid. 10a. Cet arrêt a été confirmé par arrêt 1C\_595/2021 du 19 mai 2022, dans lequel le Tribunal fédéral ne s'est pas penché sur le parallèle entre la LPD et la LIPAD effectué par la CACJ.

C'est à juste titre que la CACJ a relevé la différence entre la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière de LPD et celle antérieurement rendue en matière de LIPAD, dans laquelle, rappelons-le, notre Haute Cour avait considéré qu'une demande d'accès à son dossier personnel dans le but de préparer une procédure n'était pas abusive.

Le fait que la LIPAD prévoit quant à elle expressément un droit d'accès aux données personnelles en présence d'un intérêt privé prépondérant à leur obtention, lequel doit être admis lorsqu'il s'agit de permettre au requérant de faire valoir ses droits en justice, permet sans doute de justifier cette différence de traitement entre le droit public et le droit privé.

## D. Casuistique

La diversité des situations ayant fait l'objet de recommandations du PPDT et de jurisprudence rend difficile toute tentative de classification théorique. La présente analyse ne se veut donc guère exhaustive.

Nous tenterons ici d'examiner, sous un triple angle de vue, la manière dont la pesée des intérêts a été effectuée dans les affaires ayant fait l'objet d'un arrêt de la CACJ et les recommandations du PPDT rendues ces dernières années en lien avec des demandes d'accès portant atteinte à des intérêts privés. Pour ce faire, nous avons étudié les recommandations du PPDT rendues entre 2017 et le début de l'année 2022<sup>65</sup>, ainsi que, dans la mesure du possible, l'ensemble de la jurisprudence de la CACJ sur ce point.

Une classification peut être tentée selon le type de requérant : journaliste ou particulier (*infra* 1), selon le type d'intérêt présidant à la demande : intérêt à l'information du public ou intérêt privé (*infra* 2) et enfin selon le type de données personnelles en présence (*infra* 3).

### 1. Type de requérant

L'on peut tout d'abord tenter de distinguer les demandes d'accès aux documents officiels selon qu'elles émanent de journalistes ou de particuliers, les demandes de journalistes étant en principe formées dans un but général d'information du public alors que les demandes de particuliers peuvent avoir des buts bien plus divers.

De manière générale, les demandes de journalistes d'accès à des documents contenant des données personnelles ont majoritairement été admises

---

65 Compte tenu des limites imposées à la présente contribution, nous avons donc fait le choix de limiter aux cinq dernières années notre champ de recherches temporel s'agissant des recommandations du PPDT.

par la jurisprudence lorsque ces documents étaient relatifs au bon fonctionnement de l'administration (rapports d'audit, conséquences financières d'un licenciement contraire au droit)<sup>66</sup>. Dans ces cas, l'intérêt à l'information du public a été mis en balance avec l'intérêt privé de membres de l'administration concernés par les rapports, qu'il s'agisse de données susceptibles de porter atteinte à leur réputation ou de données plus délicates comme notamment le montant de la rémunération. De manière générale, l'intérêt à l'information du public sur le bon fonctionnement de l'administration a été le plus souvent considéré comme prépondérant.

L'on peut toutefois relever que la jurisprudence s'est montrée fluctuante sur certains points.

Par exemple, dans un cas, l'accès aux documents permettant d'évaluer les conséquences financières du licenciement contraire au droit d'une ancienne secrétaire communale (qui ne s'était pas opposée à la transmission du document) a été admis<sup>67</sup>. Dans un cas semblable qui concernait une demande d'accès à une convention transactionnelle conclue entre l'ancien directeur général d'une fondation soumise à la LIPAD et son ancienne employeuse dans le cadre d'un litige de droit du travail, dans lequel le versement d'une indemnité à l'ancien employé avait été convenu, la CACJ a considéré que le document demandé était en lien avec un conflit relevant du droit privé et ne touchait pas l'exécution d'une tâche publique ; l'employeuse était par ailleurs tenue de préserver la sphère privée de son ancien employé. En outre, une convention transactionnelle étant par essence conclue sans reconnaissance de responsabilité, la manière dont le montant avait été fixé n'en ressortirait pas et ne permettrait pas au public d'obtenir une information adéquate – la Cour a relevé que l'existence d'une clause de confidentialité conclue entre les parties démontrait leur volonté 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 des droits d'accès conférés par la loi<sup>68</sup>. Le Tribunal fédéral a considéré que l'arrêt cantonal n'était pas arbitraire, tout en relevant

---

66 ATA/752/2004 du 28 septembre 2004 (accès accordé à un rapport d'audit non caviardé, un caviardage rendant, de l'avis de l'ancien Tribunal administratif le document « illisible ou sans intérêt » (consid. 11)). ATA/758/2015 du 28 juillet 2015 (accès accordé aux documents établissant les conséquences financières du licenciement contraire au droit d'une ancienne secrétaire communale). ATA/427/2020 du 30 avril 2020 (accès accordé à un rapport de la Ville de Genève sur les notes de frais du Conseil administratif, dans sa forme anonymisée).

67 ATA/758/2015 du 28 juillet 2015.

68 ATA/341/2015 du 14 avril 2015.

qu'une solution différente, telle que l'avait préconisée le PPDT, qui avait recommandé d'accorder l'accès, aurait été concevable<sup>69</sup>.

Les demandes formées par des journalistes n'ont pas toutes été admises. Par exemple, dans un cas récent, qui concernait la demande d'un journaliste de connaître la ou les éventuelles amendes fiscales prononcées à l'encontre d'une personnalité politique genevoise, la CACJ a considéré que le refus opposé par le département était conforme au droit, le secret fiscal consacré par les art. 110 al. 1 LIFD, 39 al. 1 1<sup>re</sup> ph. LHID et 11 al. 1 LPFisc s'opposant à l'accès au document<sup>70</sup>.

Pour ce qui concerne les demandes, bien plus nombreuses<sup>71</sup>, d'accès aux documents officiels formées par d'autres requérants que des journalistes, la diversité des situations d'espèce ne permet à notre avis guère de proposer une systématisation pertinente.

## 2. Intérêt présidant à la demande d'accès

Si l'on se penche ensuite sur l'intérêt du requérant à l'accès au document, l'on peut constater que, bien que les requêtes d'accès aux documents officiels n'ont, à teneur du texte légal, pas à être motivées, les motifs de la demande sont en réalité abordés en pratique, en particulier lorsqu'une pesée des intérêts en présence doit être effectuée.

L'on peut constater que deux grands types d'intérêts se manifestent en pratique, à savoir d'une part l'intérêt général à l'information du public (*infra a*) et d'autre part un intérêt privé du requérant (*infra b*), généralement à obtenir des informations devant lui permettre de faire valoir ses droits dans une autre procédure.

### a. Demandes effectuées dans l'intérêt à l'information du public

S'agissant des demandes effectuées dans l'intérêt général à l'information du public, a notamment été admise la consultation du code source du logiciel de vote électronique utilisé par l'État de Genève lors d'une votation populaire et

---

69 Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_273/2015 du 18 septembre 2015, consid. 3.4.2.

70 ATA/1358/2021 du 14 décembre 2021. En lien avec l'ancien Conseiller d'État dont les données fiscales étaient concernées par cette demande d'accès, l'on peut signaler que plusieurs autres demandes d'accès à des documents officiels, portant sur les documents en possession du Conseil d'État concernant l'annonce d'un voyage, ainsi que les documents relatifs à la prise de position du Conseil d'État auprès du Ministère public, ainsi que des procès-verbaux de délibérations dans le cadre de marchés publics de l'Aéroport international de Genève ont été refusées en 2018 par les autorités genevoises au motif qu'elles étaient en l'état susceptibles de compromettre une procédure pénale en cours. Cf. rapport d'activité 2018 du PPDT, p. 12-13.

71 Cf. les statistiques reproduites *supra* au point C.2.

l'obtention d'une copie papier de celui-ci pour autant que les requérants s'engageaient à ne pas le reproduire ou le diffuser, au sens de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA) du 9 octobre 1992. En revanche, l'accès au contrat avec la société chargée de développer le code source a été refusé, ce contrat contenant de nombreuses données couvertes par le secret des affaires, le caviardage du document le rendant incompréhensible<sup>72</sup>.

A également été admise la communication des prix payés par un établissement de droit public cantonal pour l'abonnement à des revues scientifiques, en l'absence de secret d'affaires et d'intérêts privés prépondérants par rapport à l'intérêt du public à la transparence des institutions publiques sur leur gestion financière et l'utilisation de leurs ressources<sup>73</sup>.

A aussi été admise la requête d'accès portant sur diverses factures en lien avec plusieurs commandes effectuées par une commune et des documents portant sur un projet de partenariat, qui concernaient la transparence de la gestion financière de la commune, celle-ci ne démontrant pas en quoi l'accès aux documents demandés porterait atteinte au secret d'affaires et conférerait des avantages indus au requérant<sup>74</sup>.

En revanche, a été rejetée la demande d'accès aux indemnités perçues par chaque député au Grand Conseil au cours des dix dernières années, au motif notamment qu'une telle communication serait susceptible de porter notablement atteinte à leur sphère privée, mais aussi entraînerait un travail disproportionné, le montant global des indemnités versées chaque année étant au demeurant consultable dans les comptes de l'État<sup>75</sup>.

S'agissant encore des demandes d'accès effectuées dans l'intérêt général, il faut mentionner le cas particulier des demandes (notamment formées par des avocats) visant à pouvoir consulter l'intégralité des décisions et ordonnances non publiées par une juridiction dans un domaine déterminé. Compte tenu du caractère disproportionné d'un travail d'anonymisation manuelle lorsque les documents concernés sont nombreux, la jurisprudence a admis que l'accès peut être accordé moyennant que le requérant, d'une part, précise raisonnablement l'objet de sa demande et, d'autre part, prenne un engagement de confidentialité, une consultation de très nombreuses décisions judiciaires par un avocat ou un magistrat judiciaire s'apparentant à une recherche scientifique<sup>76</sup>.

---

72 ATA/807/2005 du 29 novembre 2005.

73 ATA/154/2016 du 23 février 2016.

74 Recommandation du PPDT du 21 avril 2021, Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2021, p. 14-15.

75 Recommandation du PPDT du 3 mai 2021, Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2021, p. 16.

76 Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_225/2019 du 27 juin 2019, consid. 5.3 et 5.4.

## b. Demandes effectuées dans l'intérêt privé

Pour ce qui concerne les demandes formées dans l'intérêt privé, les situations les plus variées ont été traitées par les autorités et les tribunaux. La diversité des cas rend à nouveau difficile toute tentative de schématisation.

Dans les cas suivants, les intérêts privés s'opposant à l'accès ont été considérés comme prépondérants par rapport aux intérêts du requérant.

Dans une affaire qui concernait des demandes d'une locataire et de son médecin traitant d'avoir accès à des rapports d'une entreprise de ventilation en possession du Secrétariat des Fondations immobilières de droit public (SFIDP) illustrant l'état de l'appartement d'un voisin afin de pouvoir identifier des produits utilisés par celui-ci qui auraient pu attenter à la santé de la requérante, le PPDT a considéré que l'intérêt du voisin au maintien de sa vie privée l'emportait sur l'intérêt de la requérante, dès lors que les photographies en question ne permettaient pas d'identifier des produits toxiques. Le PPDT a relevé que les photographies figurant dans les rapports constituaient des données personnelles dès lors qu'elles montraient l'appartement du locataire. Il a en outre relevé qu'octroyer l'accès aux documents querellés au titre de la transparence passive constituerait un détournement du but de la loi, la LIPAD n'ayant pas vocation à régler des problèmes entre privés<sup>77</sup>.

S'agissant d'une demande d'une entreprise de connaître le descriptif détaillé des tonnages délivrés par l'ensemble des sociétés genevoises actives dans le domaine de la récupération des déchets auprès de l'usine d'incinération des ordures ménagères des Cheneviers, en particulier s'agissant des sociétés d'un groupe particulier, et les mesures prises à l'encontre des sociétés membres du groupe susvisé qui n'auraient pas respectés les dispositions réglementaires en matière de tarification des déchets, le PPDT a considéré qu'il pouvait être répondu à la demande relative aux livraisons effectuées par l'ensemble des sociétés actives dans la gestion des déchets en transmettant les documents demandés sous une forme caviardée. En revanche, en tant que la demande était dirigée contre les sociétés d'un groupe déterminé, l'intérêt privé à la protection des données personnelles de celles-ci était prépondérant par rapport à l'intérêt privé du requérant à ce qu'un concurrent soit sanctionné en cas de violation de la loi<sup>78</sup>.

A été refusé l'accès, demandé par une société concurrente, au rapport annuel de gestion d'une société anonyme majoritairement contrôlée par la Ville

---

77 Recommandations des 5 et 6 juin 2019, Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2019, p. 14.

78 Recommandation du 10 août 2020, Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2020, p. 14-15.

de Genève et ayant pour but d'exploiter une antenne collective de télévision et de radio et le réseau de distribution qui en dépend, au motif qu'il s'agit d'un document non public, à l'usage des seuls actionnaires, et qui pourrait donc conférer un avantage indu aux concurrents<sup>79</sup>.

A également été refusée la demande d'accès formée par un fonctionnaire communal, dans le cadre de la contestation de son licenciement, à des échanges intervenus entre la commune, la Cour des comptes et le Ministère public, dans la mesure où ces documents concernaient principalement la gestion des ressources humaines de la commune, contenaient des données personnelles et le fonctionnaire avait eu accès aux informations nécessaires à sa défense dans le cadre de son licenciement, de sorte qu'il n'avait pas d'intérêt prépondérant à leur consultation<sup>80</sup>.

Une demande d'accès portant sur une sanction disciplinaire infligée à un médecin fondée sur l'intérêt général à connaître l'identité des médecins dont le comportement a conduit à une sanction administrative a été refusée, l'intérêt du médecin à la protection de sa sphère privée et de ses données personnelles étant prépondérant, et un accès caviardé n'étant pas possible vu le risque de reconstitution des données caviardées par le recourant<sup>81</sup>.

A été très partiellement admis l'accès (en vue d'une éventuelle action en dommages-intérêts contre l'Université), demandé par un ancien employé de l'Université à des contrats conclus entre celle-ci et des sociétés externes dans un projet auquel il avait participé en tant qu'inventeur, et visant à savoir qui était le propriétaire de la propriété intellectuelle créée dans le cadre du projet et l'existence de *royalties*. Un accès a été accordé après caviardage des données personnelles de tiers, de secrets d'affaires et d'informations relatives à la propriété des inventions ou encore à la commercialisation des licences, dont la divulgation risquait de prêter la négociation par l'Université de futurs contrats de même type<sup>82</sup>.

Pour ce qui concerne les cas dans lesquels l'accès aux documents a été accordé, on peut signaler deux affaires récentes qui concernaient des demandes d'accès aux documents en mains de l'OCLPF permettant d'effectuer un calcul de rendement. Les demandes s'inscrivaient dans le cadre d'un litige avec la bailleresse sur le montant des loyers. La bailleresse s'est opposée à la transmission des documents par l'Office. Alors que celui-ci avait considéré que, l'immeuble étant hors période de contrôle, l'intérêt du propriétaire au

---

79 ATA/134/2007 du 20 mars 2007.

80 ATA/213/2016 du 8 mars 2016.

81 ATA/767/2014 du 30 septembre 2014.

82 ATA/880/2021 du 31 août 2021.

maintien de sa sphère privée l'emportait sur l'intérêt des locataires, le PPDT a indiqué dans sa recommandation ne pas partager cette analyse dans la mesure où les documents requis portaient sur une période où l'immeuble était soumis au contrôle de l'État. En outre, la bailleresse était une institution publique genevoise soumise elle-même à la LIPAD. Dès lors, elle ne saurait se soustraire à l'obligation de transparence qui pourrait lui incomber directement. Le PPDT a ainsi recommandé de transmettre les documents demandés, seules les données personnelles des locataires qui y figuraient devant être caviardées<sup>83</sup>. Saisie du recours du propriétaire, la CACJ a considéré, en suivant l'arrêt du Tribunal fédéral 1C\_642/2017 mentionné *supra*<sup>84</sup>, que le fait que les locataires agissaient pour servir leurs intérêts privés dans le cadre du litige civil intenté contre leur bailleresse et non dans le but de transparence visé par la LIPAD était « irrelevante »<sup>85</sup>. Il n'existait par ailleurs pas d'intérêt privé prépondérant de la caisse de pension propriétaire : une atteinte pouvait certes être portée à ses intérêts patrimoniaux en cas d'accès aux documents, mais elle ne résulterait que de la fixation de loyers conformes au Code des obligations. Une entrave à sa position de négociation face aux locataires si ceux-ci disposaient des documents litigieux déjà devant l'autorité civile de conciliation ne pouvait être qualifiée de notable<sup>86</sup>. La CACJ a donc admis l'accès aux documents.

Dans une affaire qui concernait une demande d'accès à un courrier électronique de dénonciation de travaux ayant conduit à une interruption du chantier sur ordre de l'autorité et à un dommage, le PPDT a recommandé d'accorder l'accès, l'intérêt des requérants étant prépondérant dans le cas d'espèce afin de leur permettre de faire valoir leurs droits en justice, le ton du courrier électronique en question et son contenu ne permettant pas d'exclure que le dénonciateur ait agi par pure malveillance. En revanche, pour les deux autres dénonciations, les requérants n'expliquaient pas pourquoi elles leur étaient nécessaires et le contenu de ces dénonciations laissaient entendre qu'elles étaient légitimes<sup>87</sup>.

La demande d'un employé de la Ville de Genève d'obtenir le cahier des charges de ses prédécesseurs et les autres documents liés à l'évaluation de sa fonction a fait l'objet d'une recommandation du PPDT tendant à accorder l'accès, l'évaluation demandée n'étant pas liée à la personne occupant le poste, mais aux compétences nécessaires à l'exercice de celui-ci. Le PPDT a considéré

---

83 Recommandation du 11 mars 2021, Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2021, p. 13-14 ; recommandation du 27 mai 2021, Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2021, p. 16.

---

84 *Supra* le point C.2 et la note de bas de page 56.

---

85 ATA/39/2022 du 18 janvier 2022, consid. 6.

---

86 ATA/39/2022 du 18 janvier 2022, consid. 8b.

---

87 Recommandation du 7 septembre 2021, Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2021, p. 16.

que, dans l'intérêt à la libre formation de l'opinion publique, il était nécessaire que les règles présidant à cette évaluation soient transparentes<sup>88</sup>. On peut relever que, dans ce cas, si le requérant poursuivait un intérêt privé, le PPDT a identifié un intérêt général se confondant avec cet intérêt privé. De manière semblable, dans une affaire qui concernait une demande d'accès à un courrier électronique d'un policier relatant à la Commandante de la police le déroulement d'une audition de police formulée par l'époux de la personne auditionnée, le PPDT a recommandé d'accorder l'accès en identifiant un intérêt général à pouvoir vérifier le bon déroulement de l'activité administrative<sup>89</sup>.

### 3. Type de données personnelles

La systématisation la plus concluante nous semble être celle qui peut être effectuée en fonction du type de données personnelles en jeu.

Il peut s'agir tout d'abord de données personnelles de membres des autorités, qu'ils aient été élus ou qu'ils soient liés par un rapport de travail de droit public ou privé.

Selon la jurisprudence développée au niveau fédéral en application de la *LTrans*, plus la personne concernée occupe une position hiérarchiquement importante dans l'administration ou a une vie publique, moins l'intérêt à la protection de sa sphère privée est important par rapport à de simples citoyens ou à des employés subalternes sans poste à responsabilité<sup>90</sup>.

Les membres des autorités ne peuvent donc pas se prévaloir de manière générale de la protection de leur sphère privée pour leur activité effectuée dans le cadre de l'accomplissement des tâches publiques<sup>91</sup>. L'intérêt public à la transparence de l'administration et à l'information du public sur le fonctionnement de l'administration est susceptible de primer sur leur intérêt à la protection de leur sphère privée. Comme l'indique par exemple le PPDT dans une recommandation relative à une demande d'accès à un rapport d'audit de conformité des frais professionnels de la Ville de Genève, « la transparence des institutions publiques est particulièrement importante dans les documents relatifs à la gestion financière des institutions, car la saine gestion des deniers publics est une question qui intéresse au premier chef les citoyennes et les citoyens »<sup>92</sup>.

---

88 Recommandation du 15 juin 2017, Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2017, p. 14.

89 Recommandation PPDT 17 octobre 2017, Rapport d'activité du PPDT pour l'année 2017 p. 15, confirmée par ATA/1141/2018 du 30 octobre 2018.

90 FLÜCKIGER/MINETTO (n. 2), p. 571-572; AMMANN/LANG, *Öffentlichkeitsgesetz und Datenschutz*, in : Passadelis/Rosenthal/Thür (édit.), *Datenschutzrecht*, Bâle, 2015, n° 25.83-84.

91 BRUNNER/FLÜCKIGER (n. 3), n° 13.

92 Recommandation du 15 novembre 2019, Demande d'accès à un rapport d'audit de conformité en lien avec les frais professionnels de la Ville de Genève, n° 42.

Il faut néanmoins tenir compte de la nature des données visées – plus les données sont sensibles, plus l'intérêt à l'accès au document doit être important – et de la gravité des conséquences que la divulgation entraînerait pour la personne concernée<sup>93</sup>.

Lorsque les données concernent spécifiquement la relation entre l'État et ses employés, une protection plus importante est généralement accordée à la sphère privée de ces derniers<sup>94</sup>, notamment pour les données du dossier personnel du collaborateur concerné<sup>95</sup>.

Ainsi, alors que la protection de la réputation en lien la bonne exécution des tâches publiques fait généralement l'objet de peu de protection face à l'intérêt du public à être informé du bon fonctionnement des institutions, une plus grande protection est accordée aux autres données personnelles des élus et collaborateurs.

Les données visées par des demandes d'accès peuvent ensuite être les nombreuses données personnelles des administrés en mains de l'Etat. Il s'agit notamment de données transmises volontairement (bien que souvent en vertu d'une obligation légale) à l'autorité administrative, par exemple dans le cadre d'obligations fiscales, ou, dans le cadre de l'activité économique d'une entité privée, de soumissions à des marchés publics, de demandes d'autorisation d'exercer une activité réglementée, ou encore dans le cadre de négociations contractuelles avec l'Etat.

Dans ces cas, on peut constater que la jurisprudence accorde en principe une plus grande protection aux intérêts privés susceptibles d'être atteints par une demande d'accès.

Comme l'indique la CACJ s'agissant des demandes d'accès formulées par des concurrents, « les institutions jouant un rôle important dans l'économie locale, en particulier par les commandes qu'elles passent et les travaux qu'elles adjugent, les fournisseurs de prestations qui entrent en contact avec elles doivent d'emblée admettre 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 communiquant à ces derniers des informations normalement confidentielles »<sup>96</sup>.

---

93 ATF 142 II 340 consid. 4.4.

94 Cf. ATA/758/2015 du 28 juillet 2015, consid. 12, dans lequel l'accès au document a néanmoins été admis, en particulier car l'ancienne collaboratrice en question ne s'y était pas opposée.

95 AMMANN/LANG (n. 95), n° 25.86.

96 ATA/39/2022 du 18 janvier 2022, consid 10b.

## IV. Remarques conclusives

Depuis l'entrée en vigueur de la LIPAD le 1<sup>er</sup> mars 2002, les demandes d'accès aux documents officiels ont été beaucoup utilisées, tant par des journalistes que par des citoyens dans un but d'information du public. Elles ont également été employées par certains administrés dans le but d'obtenir des informations leur permettant de servir des intérêts privés, notamment pour préparer d'autres procédures.

L'accès aux documents sollicités porte souvent atteinte à des intérêts de tiers, dont ils peuvent contenir des données personnelles. Cela est notamment le cas lorsque la demande est formée non dans un but général d'information du public sur l'activité étatique, mais pour obtenir des documents devant être utilisés dans d'autres procédures.

En présence d'intérêts s'opposant à l'accès, la loi prévoit notamment la possibilité d'accorder un accès partiel aux documents, soit en particulier moyennant le caviardage de ceux-ci. Il est également possible, dans certains cas, d'assortir l'accès de charges ou de conditions, par exemple la signature d'un engagement de confidentialité.

Lorsque le caviardage du document n'est pas envisageable, une pesée des intérêts doit être effectuée afin de déterminer quel est, entre l'intérêt à l'accès et celui qui s'y oppose, l'intérêt prépondérant dans le cas d'espèce. Dans ce cadre, le requérant devra en principe motiver sa demande d'accès. Des intérêts privés motivant la demande d'accès ne sont pas inadmissibles en tant que tels.

La diversité des situations ayant fait l'objet de jurisprudence rend difficiles les tentatives de schématisation. L'on peut cependant en tirer les éléments suivants.

Lorsque la demande d'accès vise à informer le public sur le bon fonctionnement de l'administration, la protection des intérêts privés des membres de l'administration s'y opposant (en particulier la protection de la réputation) n'est souvent pas considérée comme prépondérante.

La protection des autres données personnelles des membres de l'administration, notamment les données salariales ou le dossier personnel, est en revanche plus importante.

Lorsque les documents sollicités contiennent des données des administrés, parvenues par exemple à l'autorité, car elles ont été transmises en exécution d'une obligation légale des administrés concernés, dans le cadre de la soumission à des marchés publics ou encore de négociations contractuelles avec l'État, la protection de ces données est plus importante. Tout accès n'est cependant pas exclu en cas d'intérêt prépondérant.



Pierre Flückiger

# L'accès aux archives publiques : à la recherche d'un équilibre entre protection des données personnelles et droit à l'information

---

I.	Introduction .....	111
	A. Un peu d'histoire .....	111
	B. Définition .....	111
<hr/>		
II.	Les principes de la législation et de la théorie archivistiques .....	112
	A. Compétence cantonale .....	112
	B. Loi sur les archives publiques .....	113
	C. Cycle de vie des documents .....	115
<hr/>		
III.	Droit d'accès et délais de protection .....	115
	A. Libre accès et limitations .....	115
	B. Accès aux données par les personnes concernées .....	117
	C. Dérogations .....	118
	D. Évolution des délais de protection .....	118
<hr/>		
IV.	Protection des données personnelles sensibles .....	119
	A. Rôle des archives .....	119
	B. Droit(s) à l'oubli .....	119
<hr/>		
V.	Coordination entre la LArch et la LIPAD .....	121
	A. Deux lois .....	121
	B. Retour sur le cycle de vie des documents .....	123

---

<b>VI. Cas concret : les enfants placés</b> .....	<b>124</b>
<b>A. Prise de conscience</b> .....	<b>124</b>
<b>B. Recherches personnelles</b> .....	<b>126</b>
<b>C. Recherches scientifiques</b> .....	<b>127</b>
<b>D. En guise de conclusion</b> .....	<b>128</b>

# I. Introduction

## A. Un peu d'histoire

La problématique de l'accès à l'information ne date pas d'hier. Parmi les troubles sociétaux qui scandèrent le rythme politique du XVIII<sup>e</sup> siècle genevois figurent ceux de 1707. Ils opposèrent les bourgeois privés d'un certain nombre de droits politiques à l'aristocratie patricienne qui avait accaparé le pouvoir au fil des décennies. Face aux revendications d'une partie de la population, le gouvernement proposa entre autres concessions la révision des édits, autrement dit une modification d'une partie de la législation, mais aussi et fait plus surprenant sa publication. Ce second point se révèle à nos yeux comme une évidence, mais il semble que ce ne fût pas le cas au XVIII<sup>e</sup> siècle pour qu'on ait cru nécessaire de le signifier. Pierre Fatio, le meneur de cette révolution accusé de sédition, soit d'ourdir un complot contre les autorités, fut jugé puis arquébusé dans la cour de la prison de l'Évêché à l'âge de 44 ans. Nicolas Lemaître, accusé probablement à tort d'être son complice, fut pendu à Plainpalais à l'âge de 22 ans. Un troisième acteur, Jean-Antoine Piaget, se noya dans les eaux du Rhône à la veille de ses 48 ans. Tout cela nous est connu grâce au travail des historiens qui ont eu accès aux archives de la République<sup>1</sup>. Il convient ici de rappeler que, si sous l'Ancien Régime les archives de l'État étaient essentiellement secrètes, il faudra dans les faits attendre la fin du XIX<sup>e</sup> siècle pour que le principe de leur publicité posé par la Révolution française soit petit à petit mis en œuvre. Ce paradigme permettra également aux chercheurs de s'affranchir progressivement de la censure exercée par le pouvoir en place. Or, la transparence en matière d'archives peut se révéler à géométrie variable.

## B. Définition

En préambule, il importe de définir ce qui fait l'essence des archives publiques au-delà de leur matérialité. À l'origine, les archives constituent un ensemble de textes à valeur juridique, réunis, conservés et organisés pour l'exercice du pouvoir et la justification de son existence. On y trouve par exemple les franchises, les traités d'alliance, les procès-verbaux du gouvernement, la correspondance diplomatique, les procédures judiciaires, les titres fonciers, les

---

1 OLIVIER FATIO / NICOLE FATIO, *Pierre Fatio et la crise de 1707*, Ed. Labor et Fides, Genève, 2007 ; JEAN-PIERRE FERRIER, *Le XVIII<sup>e</sup> siècle : Politique intérieure et extérieure*, in : *Coll., Histoire de Genève 1536 à 1798*, Ed. SHAG, Genève, 1951, p. 401-482 ; ANDRÉ CORBAZ, *Pierre Fatio, précurseur et martyr de la démocratie genevoise, 1662-1707*, Ed. Atar, Genève, 1913.

registres fiscaux et pièces comptables, mais aussi et très tôt des documents liés à des affaires concernant des particuliers, comme entre autres les minutiers de notaires dès 1380 à Genève<sup>2</sup>.

Aujourd'hui, le concept d'archives le plus communément admis se trouve dans la Déclaration universelle sur les Archives. Le 10 novembre 2011 au cours de sa 36<sup>e</sup> session plénière, l'UNESCO a formellement adopté cette charte qui avait été proposée par le Conseil international des archives (ICA) :

« Les archives constituent un patrimoine unique et irremplaçable transmis de génération en génération. Les documents sont gérés dès leur création pour en préserver la valeur et le sens. Sources d'informations fiables pour une gouvernance responsable et transparente, les archives jouent un rôle essentiel dans le développement des sociétés en contribuant à la constitution et à la sauvegarde de la mémoire individuelle et collective. L'accès le plus large aux archives doit être maintenu et encouragé pour l'accroissement des connaissances, le maintien et l'avancement de la démocratie et des droits de la personne, la qualité de vie des citoyens. »<sup>3</sup>

Cette déclaration relève d'une ambition d'ordre politique, voire moral. Les auteurs souhaitent entre autres une gouvernance responsable et transparente grâce à un accès aux archives le plus large possible. Comment ces principes se traduisent-ils dans les textes et dans la pratique genevoise ? Et comment leur application se fait-elle en coordination avec celle de la LIPAD ?

## II. Les principes de la législation et de la théorie archivistiques

### A. Compétence cantonale

Il convient de préciser que les cantons suisses restent souverains en matière de législation archivistique. Il existe une loi fédérale sur l'archivage (LAR)<sup>4</sup>, mais elle ne s'adresse qu'aux institutions publiques de la Confédération et son champ d'application semble encore appelé à être précisé<sup>5</sup>. Genève est le premier canton qui a choisi de se doter d'une loi plutôt que de ne fonctionner qu'avec un arsenal réglementaire. Il s'agit de la loi sur les Archives publiques

---

2 BARBARA ROTH, *De la banche à l'étude : le notariat genevois sous l'Ancien Régime*, Ed. SHAG, Genève, 1997.

3 Voir <https://perma.cc/B8E4-EQRD>.

4 Loi fédérale sur l'archivage (LAR) RS 152.1 du 26 juin 1998.

5 CHRISTIAN BOLLIGER / MICHÈLE GERBER / BERTIL COTTIER, *Évaluation de la loi fédérale sur l'archivage (LAR) : rapport final*, Büro Vatter, Berne, 2020.

du 2 décembre 1925, suivi du règlement des Archives d'État du 26 juin 1928, puis d'autres à venir ensuite. Les grands principes encore en vigueur actuellement y apparaissent déjà, il y a donc près d'un siècle. Dans son rapport adressé aux députés au Grand Conseil, le Conseil d'État choisit de faire une nette distinction « entre les archives administratives proprement dites, celles des chancelleries et *registratures*, d'intérêt pratique et transitoire et de dates récentes, mais dont la conservation doit être assurée avec soin, et les fonds des Archives d'État, d'intérêt scientifique, général et permanent »<sup>6</sup>. L'archiviste d'État alors en fonction, Paul-Edmond Martin, a certainement inspiré ce programme. Ce dernier sera traduit en d'autres termes dans la loi suivante, mais l'esprit en restera identique. Le deuxième canton à promulguer une loi dans ce domaine n'est autre que le dernier-né de la Confédération, soit la République et canton du Jura en 1984<sup>7</sup>. Les négociations entre le canton de Berne et celui du Jura concernant le partage des biens culturels arrivent à leur terme à ce moment-là. Cet élément n'est probablement pas étranger à l'intérêt que les autorités politiques jurassiennes portent alors à légiférer dans ce domaine, au-delà des préoccupations purement archivistiques<sup>8</sup>. Les autres cantons se doteront également de lois sur les archives publiques mais assez tardivement<sup>9</sup>. A titre d'exemple, citons la loi vaudoise sur l'archivage qui a été adoptée le 14 juin 2011<sup>10</sup> ou celle du canton de Fribourg datant du 10 septembre 2015<sup>11</sup>.

## B. Loi sur les archives publiques

Concernant Genève, la loi actuellement en vigueur a été adoptée le 1<sup>er</sup> décembre 2000 (LArch)<sup>12</sup> et son règlement d'application le 21 août 2001<sup>13</sup>. Elle abroge la loi de 1925 et les différents règlements d'application qui l'ont accompagnée durant le XX<sup>e</sup> siècle. Les rédacteurs de la LArch utilisent les concepts

---

6 Projet de loi sur les Archives publiques : rapport du Conseil d'État, in : Mémorial du Grand Conseil, Annexes, 1925, vol. 2, annexe 21, p. 463-466.

7 Loi sur l'archivage 441.21 du 11 octobre 1984.

8 FRANÇOIS NOIRJEAN, La législation archivistique des cantons de Genève et du Jura, ARBIDO-R, vol. 4 (1989), N°3, Kleiner AG, Berne, 1989, p. 77-78.

9 JOSEF ZWICKER, Archivrecht 2006 – *andante ma non troppo*, in : Gilbert Coutaz et al., Pratiques archivistiques en Suisse, Verlag hier und jetzt, 2007, p. 164-194.

10 GILBERT COUTAZ / CHRISTIAN GILLÉRON, Loi sur l'archivage : contexte, règlement d'application et lois connexes, État de Vaud, Chavannes-près-Renens, 2012.

11 Loi sur l'archivage et les Archives de l'État (LArch) RSF 17.6 du 10 septembre 2015/FR.

12 À partir de cette ligne, l'abréviation LArch correspond dans cet article uniquement à la loi genevoise sur les archives publiques B 2 15 du 1<sup>er</sup> décembre 2000.

13 Loi sur les archives publiques (LArch) B 2 15 du 1<sup>er</sup> décembre 2000 et Règlement d'application de la loi sur les archives publiques (RArch) B 2 15.01 du 21 août 2001.

et le vocabulaire élaborés par l'archivistique contemporaine d'alors, soit celle de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>14</sup>. La définition de l'archive semble délicate à formuler. La LArch précise par exemple ce qu'est un fonds d'archives : « On entend par fonds d'archives l'ensemble des documents d'archives reçus et produits par une personne physique ou une personne morale de droit public ou de droit privé, ordonnés et conservés conformément aux principes et dispositions de la présente loi. »<sup>15</sup> Le législateur fait ensuite une distinction entre archives administratives et archives historiques. Au-delà d'une approche théorique, on se contente d'utiliser le concept du document, et non pas encore celui de l'information ou de la donnée.

Une définition complémentaire est proposée en miroir : « Tous les documents des institutions publiques qui ont une valeur juridique, politique, économique, historique, sociale ou culturelle sont archivés. »<sup>16</sup> L'objectif se veut ambitieux et laisse ainsi une large marge d'appréciation aux Archives d'État puisque c'est à elles que revient la compétence d'évaluer l'éventuel intérêt de la conservation des dossiers sur le long terme<sup>17</sup>. Si la LArch cite encore les archives administratives, *a contrario* elle ne parle plus « des fonds des Archives d'État, d'intérêt scientifique, général et permanent »<sup>18</sup>, comme dans le texte précédent de 1925, mais d'archives historiques<sup>19</sup>. Cette distinction se révélera par la suite essentielle dans la coordination de l'application de la LArch et de la LIPAD, et donc dans la gestion des conditions d'accès aux documents. Aux yeux de la LArch, les documents sont « tous les supports de l'information, quelle que soit leur date, qu'ils se présentent sous forme écrite ou *numérisée*, visuelle ou sonore »<sup>20</sup>. L'archivage vise alors la conservation et la mise à disposition des documents, ce qu'on pourrait comprendre comme une information structurée dans le monde numérique.

---

14 JEAN-YVES ROUSSEAU et al., *Les fondements de la discipline archivistique*, Presses de l'Université du Québec, Sainte-Foy, 1994.

---

15 Art. 3 al. 1 LArch.

---

16 Art. 2 al. 1 LArch.

---

17 Art. 8 al. 1 LArch : Les Archives d'État apprécient la valeur archivistique des documents en collaboration avec les institutions publiques.

---

18 Art. 3 al. 5 LArch : Les archives administratives sont l'ensemble des documents utiles à l'expédition courante des affaires.

---

19 Art. 3 al. 6 LArch : Les archives historiques sont l'ensemble des documents qui ne sont plus utiles pour l'expédition courante des affaires et qui sont conservés en raison de leur valeur archivistique définie par les principes et dispositions de la présente loi.

---

20 Art. 3 al. 3 LArch.

### C. Cycle de vie des documents

Derrière cette différenciation se cache en réalité le concept du cycle de vie des documents et l'application de la théorie archivistique dite des trois âges<sup>21</sup>. Dans un premier temps, les dossiers participent de l'activité quotidienne d'un organisme, ce sont les dossiers actifs ou les *archives dites courantes*. Dans une deuxième étape, le service recourt de manière aléatoire à des dossiers qui ne sont plus actifs mais semi-actifs, ce sont les dossiers qui sortent du traitement et du classement quotidiens des affaires ou les *archives dites intermédiaires*. Enfin, à échéance de leur durée d'utilité administrative et/ou légale, ces dossiers peuvent être considérés comme des archives historiques ou *définitives*. Le service producteur se trouve alors dans l'obligation de les proposer aux Archives d'État<sup>22</sup>.

Cette doctrine bien rôdée et éprouvée depuis plus d'un demi-siècle souffre aujourd'hui de son âge. Avec l'évolution technologique, il est devenu évident que le modèle des trois âges pensé pour des archives au support matériel ne résiste pas à la transformation des documents et dossiers classiques en une quantité exponentielle de données numériques – et non plus *numérisées* –, interdépendantes, gérées dans des systèmes d'information qu'alimentent parfois plusieurs producteurs différents et de manière continue<sup>23</sup>.

## III. Droit d'accès et délais de protection

### A. Libre accès et limitations

Le principe du libre accès aux archives publiques est posé par la LArch :

#### Art. 11 Principe de la libre consultation

<sup>1</sup> La libre consultation des archives publiques est garantie par la loi.

<sup>2</sup> La consultation est gratuite. [...]

Des conditions accompagnent logiquement ce principe et elles ont évolué au cours du XX<sup>e</sup> siècle. Avant l'entrée en vigueur de la LArch, la loi de 1927 avait été modifiée en 1998 pour lui ajouter un article concernant les délais de

---

21 ROUSSEAU, p.98-101.

22 Art. 7 LArch : Les institutions publiques doivent proposer le versement aux Archives d'État de tous les documents dont elles n'ont plus besoin en permanence, pour autant qu'elles ne soient pas chargées de les archiver elles-mêmes.

23 DANIEL DUCHARME, Les principes fondamentaux de l'archivistique à l'épreuve des technologies de l'information et des communications, in : Paul Servais / Françoise Mirguet, L'archive dans 15 ans : vers de nouveaux fondements, Ed. Academia, Louvain-la-Neuve, 2015, p.221-247.

consultation, c'est-à-dire les échéances après lesquelles les dossiers archivés sont publics, soit mis à la libre disposition des chercheurs et des personnes privées<sup>24</sup>. Cette modification stipulait :

**Art. 8A Consultations, documents déposés ou conservés**

[...]

<sup>3</sup> Ne peuvent être consultés librement,

- a) les documents datant de moins de 25 ans ;
- b) les procédures judiciaires, les dossiers administratifs et fiscaux contenant des données personnelles datant de moins de 50 ans, à compter de la date du jugement ou de l'ouverture du dossier, mais au moins 20 ans après le décès ;

Ce nouvel article réduit drastiquement les délais de protection réglementaires précédemment appliqués qui s'appuyaient sur un principe général de 100 ans<sup>25</sup>. La LArch précise encore ces délais en abandonnant la formulation négative tout en ne mentionnant plus au passage le sort particulier réservé jusque-là aux documents de nature fiscale :

**Art. 12 Consultation des archives historiques LArch**

[...]

<sup>3</sup> Le délai général de protection est de 25 années à compter de la clôture du dossier. Le dernier apport organique est déterminant pour définir l'année au cours de laquelle les dossiers ont été clos.

<sup>4</sup> Les documents classés selon des noms de personnes et qui contiennent des données personnelles sensibles ou des profils de la personnalité ne peuvent être consultés que 10 ans après le décès de la personne concernée, à moins que celle-ci n'en ait autorisé la consultation. Si la date de la mort est inconnue ou n'est déterminable que moyennant un travail disproportionné, le délai de protection expire 100 ans après la naissance. Si ni la date du décès, ni celle de la naissance ne peuvent être déterminées, le délai de protection expire 100 ans à compter de l'ouverture du dossier.

[...]

<sup>7</sup> A l'expiration des délais de protection figurant aux alinéas 3 et 4, l'accès aux archives en question peut encore être limité [...], en considération d'un intérêt public ou privé majeur et manifestement prépondérant qui s'y opposerait<sup>26</sup>.

---

24 Loi modifiant la loi sur les archives publiques (7600) B 2 15 du 11 juin 1998.

25 Règlement d'application de la loi sur les archives publiques (B 2 6) du 1<sup>er</sup> juillet 1987.

26 Art. 12 LArch.

Le respect de ces délais devient parfois difficile à appliquer pour les Archives d'État et leur mise en œuvre souvent incompréhensible pour la plupart des chercheurs pour lesquels les archives récentes constituent la matière première de leurs travaux. Cela alimente l'incompréhension que les historiens ou les sociologues par exemple peuvent avoir face à la mission de l'archiviste<sup>27</sup>.

## B. Accès aux données par les personnes concernées

La LArch reconnaît le droit aux personnes concernées à accéder à leurs données personnelles :

### Art. 14 Accès des personnes à leurs données personnelles LArch

Toute personne a le droit d'accéder aux données personnelles archivées qui la concernent dans la mesure où les archives sont classées par noms de personnes ou que des indications sont fournies permettant de rechercher ces données.

On peut relever au moins deux éléments qui ne sont pas sans incidence lorsqu'il convient d'appliquer ce principe. Le législateur n'emploie plus ici la notion de *documents contenant des données personnelles sensibles*, mais le terme de *données personnelles*. Ainsi, pour répondre à une personne, les Archives d'État pourraient être amenées à rechercher des données et non plus des dossiers. Cela élargirait grandement le champ du possible. En outre, il faut que ces données soient classées par nom de personnes. Cette condition apparaît aujourd'hui comme partiellement obsolète à l'heure où les données sont gérées dans des systèmes d'information. Détournée, cette condition pourrait même autoriser une institution à refuser de rechercher des données personnelles, si ces dernières ne se trouvaient pas dans des dossiers nominatifs.

Lors de son adoption en 2000, l'art. 14 contenait trois alinéas supplémentaires qui concernaient les modalités de l'accès aux données personnelles par la personne concernée, mais surtout la mention qu'un intérêt public ou privé prépondérant digne de protection pouvait limiter ou interdire l'accès aux dites données<sup>28</sup>. Ils ont été supprimés lors de la modification de la LIPAD en 2008.

---

27 JOËLLE DROUX/RITA HOFSTETTER, Un siècle d'ambition scientifique et de culture patrimoniale. Les archives de l'Institut J.-J. Rousseau, Université de Genève, in : Jean-François Bert/Marc J. Ratcliff, *Frontières d'archives. Recherches, mémoires, savoirs*, Éd. des archives contemporaines, Paris, 2015; <https://perma.cc/EE5T-Y4QQ>.

28 Art. 14 LArch du 1<sup>er</sup> décembre 2000.

<sup>2</sup> L'accès aux données personnelles s'effectue par l'obtention de renseignements ou par la consultation de documents.

<sup>3</sup> Les renseignements et la consultation peuvent être limités ou refusés si un intérêt public ou privé prépondérant digne de protection l'exige.

### C. Dérogations

La personne qui se voit refuser l'accès à un document archivé avant l'échéance des délais de protection a la possibilité de demander une autorisation de consultation.

#### Art. 12 Consultation des archives historiques LArch

[...]

<sup>5</sup> Le Conseil d'État, soit pour lui la chancellerie d'État, peut autoriser la consultation des archives avant l'expiration des délais prévus aux alinéas 3 et 4, si aucun intérêt public ou privé prépondérant digne de protection ne s'y oppose, en particulier

- a) si la consultation est faite dans l'intérêt prépondérant de la personne touchée ou de tiers, ou
- b) si les documents sont nécessaires à l'exécution d'un projet de recherche déterminé ; dans ce cas, il peut être exigé que les données personnelles soient rendues anonymes.

[...]

<sup>6</sup> La compétence prévue à l'alinéa 5 appartient, pour les archives du pouvoir judiciaire, à la commission de gestion du pouvoir judiciaire, soit pour elle à son président [...].

Rien n'est prévu concernant les archives du pouvoir législatif, mais par analogie c'est le président du Grand Conseil qui pourrait autoriser une consultation des dossiers archivés avant échéance de leurs délais de protection. On verra que l'évaluation de ces deux conditions pose parfois problème<sup>29</sup>. Qui a la compétence d'évaluer par exemple le caractère scientifique ou non d'une recherche ?

### D. Évolution des délais de protection

Ainsi en moins de 15 ans, les autorités politiques ont réduit de manière très importante les délais de protection jusque-là en vigueur dans l'objectif de rendre les fonds d'archives plus accessibles et donc d'obtenir davantage de transparence dans l'exercice du pouvoir, fut-il ancien ou relativement récent. Cela induit deux conséquences non négligeables au regard de l'accès aux documents. Premièrement, une très grande quantité d'archives conservées aux Archives d'État est devenue rapidement consultable par les chercheurs

---

29 ATA/244/2003 du 29 avril 2003 (DIV) (<https://perma.cc/FL87-ZTDD>).

et le public alors qu'auparavant ces archives ne l'étaient pas<sup>30</sup>. Or, si les fonds ne sont pas identifiés, décrits et inventoriés, ils restent pour la plupart inaccessibles faute d'instruments de recherche mis à disposition par l'institution qui en a la charge. La LArch a créé un appel d'air mais quantité de fonds restent dans la pratique inconsultables faute d'inventaires. Il existe donc bien une difficulté matérielle à atteindre les nobles objectifs fixés par le législateur.

## IV. Protection des données personnelles sensibles

### A. Rôle des archives

La diminution des délais de protection a aussi mis en évidence une problématique dont les archivistes avaient déjà conscience auparavant, mais qui semblait jusque-là maîtrisable avec l'écoulement du temps long, soit la protection des données personnelles sensibles au sens de la LArch<sup>31</sup>. La proximité temporelle entre les dossiers archivés dont le délai de 25 ans est échu et les personnes éventuellement concernées oblige les Archives d'État à un nouvel exercice. Elles se trouvent aujourd'hui sans cesse dans l'obligation de vérifier si un document, un dossier ou encore un registre ne contient pas des données personnelles sensibles concernant des particuliers qui seraient encore en vie et qui mériteraient donc une protection avant de transmettre ces archives au public en salle de travail ou d'en expédier une copie. Il faut être conscient qu'il ne s'agit pas d'un simple exercice de soustraction ou d'une vérification à faire sur, par exemple, la date d'un décès. Très souvent, les dossiers concernent par exemple plusieurs personnes simultanément. Le traitement des demandes des enfants anciennement placés illustrera ci-après la difficulté à trouver une réponse adéquate dans une pesée d'intérêts entre l'accès à l'information archivée et la protection des données personnelles sensibles.

### B. Droit(s) à l'oubli

Ce principe cumule de toute évidence plusieurs réalités différentes, que ce soit par exemple le droit à l'oubli numérique<sup>32</sup> ou celui qui s'applique en matière pénale. Dans le domaine des archives, il prend au moins deux aspects. Lors de son adoption en 2000, la LArch prévoyait que les documents qui étaient

---

30 En 2022, les Archives d'État conservent quelque 30 kilomètres linéaires d'archives.

31 Art. 12 al. 4 LArch.

32 Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence, Le droit à l'oubli, PPD, Genève, 2016. Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (FPD), Explications sur le droit à l'oubli numérique, <https://perma.cc/C5AU-38EK>.

publics avant leur archivage, c'est-à-dire leur versement aux Archives d'État, le restaient une fois archivés<sup>33</sup>. Or, lors de la profonde révision de la LIPAD en 2008, ce principe a été modifié dans la LArch :

#### Art. 12 Consultation des archives historiques LArch

<sup>1</sup> Les documents versés aux Archives d'État ou que des institutions sont chargées d'archiver elles-mêmes ne peuvent en principe être consultés qu'à l'expiration des délais de protection figurant aux alinéas 3 et 4.

<sup>2</sup> Ils demeurent toutefois accessibles pendant 5 ans dès leur archivage lorsque le requérant aurait pu y avoir accès auparavant en vertu de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001.

Le législateur, au nom d'un certain droit à l'oubli, est revenu en arrière. Les documents qui étaient consultables avant leur versement aux Archives d'État le restent cinq ans une fois archivés, puis c'est le délai général de protection de 25 ans qui s'applique : ils sont non consultables au même titre que tous les autres dossiers administratifs archivés. Un *droit à l'oubli* l'emporte ici sur le principe du libre accès aux documents, voire à l'information.

Le second exemple concerne les enfants placés. Jusqu'au début des années 1980, le Service de la protection de la jeunesse aurait eu l'habitude de détruire les dossiers des enfants dont il s'occupait et cela après leur accession à la majorité. Ainsi, des milliers de dossiers ont disparu. L'archiviste du DIP expliquera qu'en 1979 une directive concernant la destruction des dossiers du Service de protection de la jeunesse avait été appliquée<sup>34</sup>. Plus tard, on ajoutera encore que cette pratique s'appuyait sur une décision prise par la conférence suisse compétente en la matière. Or jusqu'ici, personne n'a pu ou n'a su retrouver la fameuse directive, ni la décision de la conférence. Par principe, on souhaitait protéger les enfants devenus adultes de leur passé, d'en effacer les traces pour leur donner une seconde chance. Telle était la volonté non dissimulée des autorités qui était généralement partagée à travers toute la Suisse. Par ailleurs, le président du Tribunal de la jeunesse explique cette position :

« Il se déclare peu favorable à l'autorisation de consultation d'un dossier par la personne à laquelle se réfère ce dossier. Il explique qu'il peut être déstabilisateur pour quelqu'un d'apprendre les évaluations psychologiques réalisées

---

33 Art. 12 al. 1 LArch du 1<sup>er</sup> décembre 2000 : [...] La consultation des documents qui, lors de leur production ou au cours de leur utilisation étaient destinés à être publiés ou étaient accessibles au public, n'est pas soumise à un délai de protection.

34 Rapport de la commission des affaires communales, régionales et internationales chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'État sur les archives publiques B 115 (PL 8182-A)1, in : Mémorial du Grand Conseil 2000-11, p. 10421.

sur lui ou sur des personnes de sa famille. Il déclare en outre avoir des réticences sur la possibilité d'accès à des jugements d'appel. Il affirme avoir à cœur la possibilité laissée aux mineurs d'effacer leur passé. Selon lui, la protection de l'individu prime sur les considérations historiques.»<sup>35</sup> Pour certains membres de la commission, ces conceptions sont alors qualifiées de moyennâgeuses. Quoi qu'il en soit, au nom du droit à l'oubli, on a privé des milliers de personnes des sources qui les auraient aidées à la compréhension de leur passé, voire à leur reconstruction personnelle.

## V. Coordination entre la LArch et la LIPAD

### A. Deux lois

Le Grand Conseil adopte la LArch en 2000, alors que la LIPAD l'est moins d'une année plus tard. Leurs rédactions respectives sont donc contemporaines, même si les origines du premier texte remontent au début du XX<sup>e</sup> siècle, ce qui n'est d'évidence pas le cas pour le second. Un silence peut-être dû au sentiment d'une évidence, ni la LArch, ni la LIPAD ne mentionnent dans leurs premières versions qu'elles doivent être appliquées de manière coordonnée. La révision de la LIPAD en 2008 ajoute quelques articles complémentaires à ce sujet :

#### Art. 2 Coordination LIPAD

[...]

<sup>2</sup>La présente loi est aussi appliquée de façon coordonnée avec la loi sur les archives publiques, du 1<sup>er</sup> décembre 2000.

<sup>3</sup>Cette coordination est assurée par :

- a) une organisation adéquate au sein des institutions visées à l'article 3 ;
- b) la fonction de préposé cantonal à la protection des données et à la transparence [...];
- c) un devoir de concertation réciproque du préposé cantonal et de l'archiviste d'État ;
- d) l'activité de la commission consultative en matière de protection des données, de transparence et d'archives publiques [...].

Un article supplémentaire précise encore la mission du préposé cantonal :

**Art. 56 Compétences LIPAD**

*Coordination*

[...]

<sup>6</sup> Le préposé cantonal se consulte avec l'archiviste d'État lorsque l'application de la présente loi implique celle de la loi sur les archives publiques, du 1<sup>er</sup> décembre 2000.

La LArch est également modifiée en ce sens en 2008 :

**Art. 1 Champ d'application LArch**

[...]

al. 1 let. b, 6<sup>o</sup>

<sup>4</sup> La présente loi est appliquée de façon coordonnée avec la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001.

Un article supplémentaire précise encore la mission de l'archiviste d'État :

**Art. 15A Direction LArch**

[...]

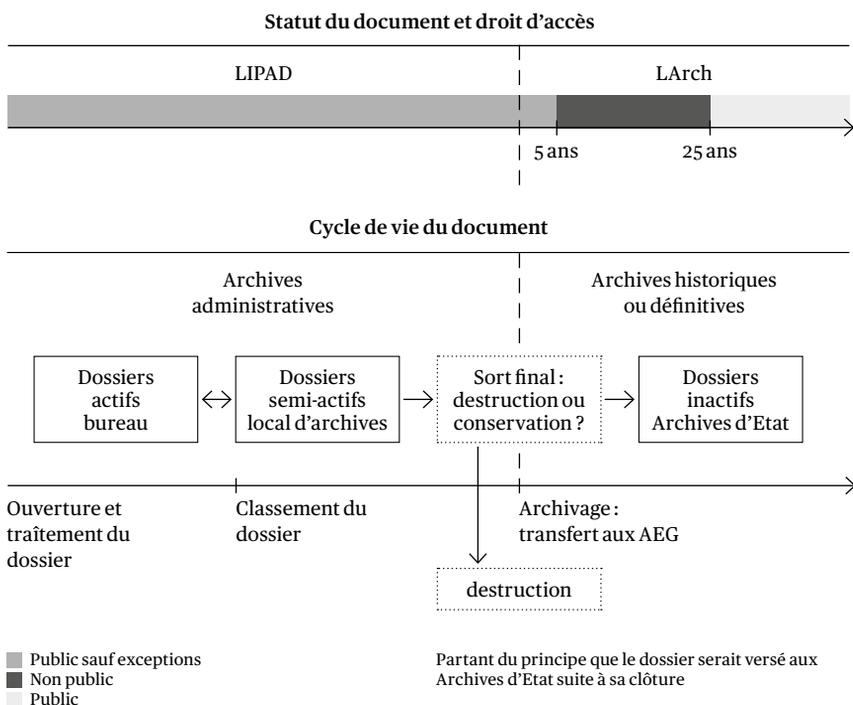
<sup>2</sup> L'archiviste d'État se consulte avec le préposé cantonal à la protection des données et à la transparence lorsque l'application de la présente loi implique celle de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001.

Le législateur attend de toute évidence une coordination optimale entre le préposé cantonal et l'archiviste d'État dans l'application de ces deux lois. Les articles de part et d'autre sont ainsi complémentaires, voire relativement redondants. Un élément distingue cependant ces deux textes, soit le champ d'application de la LIPAD qui ne correspond pas en tout point à celui de la LArch. En effet, la LIPAD s'applique par exemple aux personnes morales ou autres organismes de droit privé sur lesquels l'État exerce une maîtrise effective via un subventionnement égal ou supérieur à 50 % de leur budget de fonctionnement, mais au minimum de 50 000 francs<sup>36</sup>. Le champ d'application de la LArch ne concerne pas ce genre d'institutions, ne vise pas les organismes de droit privé, ce qui crée parfois quelque confusion.

### B. Retour sur le cycle de vie des documents

Si la LIPAD et la LArch s’appliquent de manière coordonnée, il est nécessaire cependant de distinguer à quel moment un document est soumis à la première avant de l’être à la seconde. Les conditions d’accès aux dossiers actifs et semi-actifs encore au sein de l’administration, donc celles qui sont définies par la LIPAD, ne sont pas les mêmes que les conditions posées par la LArch concernant les archives définitives ou historiques. Il est donc nécessaire de définir quel est le statut des documents visés par une demande. Pour schématiser, est-ce un document encore au sein de l’administration soumis à la LIPAD ou est-ce une archive historique qui relève de la LArch ?

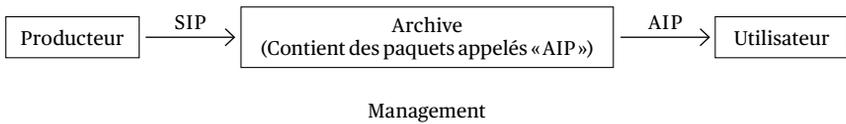
Le tableau suivant tente de répondre à cette question d’une manière simplifiée. Le statut du document évolue avec son cycle de vie et le temps qui s’écoule.



Ce schéma semble assez simple, mais il ne répond plus à la question des données et des documents nés numériques que gèrent les systèmes d’information des organismes. À quel moment ces données sont-elles soumises à la

L'Arch plutôt qu'à la LIPAD ?<sup>37</sup> Le versement physique des dossiers aux Archives d'État établissait une frontière matérielle entre les dossiers administratifs et les archives historiques. L'ère numérique a cassé ce modèle. Ce d'autant plus que l'extraction des données et des documents électroniques hors des systèmes d'information afin de les déposer sur la plateforme d'archivage numérique des Archives d'État nécessite des ressources importantes<sup>38</sup>. En outre, les services producteurs se révèlent généralement peu disposés à s'engager dans ce genre de projets informatiques. Au-delà des obligations légales ou réglementaires, les organismes n'identifient aucun retour sur investissement<sup>39</sup>.

#### Les acteurs selon le modèle OAIS



## VI. Cas concret : les enfants placés

### A. Prise de conscience

Durant le XX<sup>e</sup> siècle en Suisse, mais aussi ailleurs en Occident, les autorités retirent la garde des enfants à leurs parents pour les placer à des fins d'assistance dans des institutions publiques ou privées, ou encore dans des familles d'accueil où ils seront pour la plupart maltraités<sup>40</sup>. Cette politique vise à séparer les enfants de parents jugés incapables de les élever pour des raisons morales ou financières. On retire également son bébé à une fille-mère ou leurs enfants aux mères célibataires incapables de les élever alors qu'elles doivent travailler pour subvenir à leurs besoins. Les enfants de parents divorcés subissent pour la plupart le même sort. Si la situation des enfants placés est plus ou moins

37 LAURENT DOUSSET, Données sensibles, Peuvent-elles ne pas l'être ?, in : V. Ginouves/I. Gras, La diffusion numérique des données en SHS. Guide des bonnes pratiques éthiques et juridiques, Presses universitaires de Provence, Marseille, 2018, p. 197-206.

38 Marche à suivre pour le versement de paquets d'archives électroniques aux Archives d'État de Genève, 2021, <https://perma.cc/H72Z-YXW5>.

39 À ce jour, seuls les Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) versent régulièrement aux Archives d'État un échantillonnage de dossiers médicaux numériques à archiver sur le long terme.

40 JOËLLE DROUX/ANNE-FRANÇOISE PRAZ, Placés, déplacés, protégés, L'histoire du placement d'enfants en Suisse, XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles, Ed. Livreo-Alphil, Neuchâtel, 2021.

connue par le public, il faut attendre les années 2000 pour que les personnes concernées, souvent victimes de mauvais traitements, se fassent entendre et que les médias puis le monde politique s'intéressent à leurs parcours de vie. Le 11 avril 2013, le Conseil fédéral présente ses excuses aux victimes de mesures de coercition à des fins d'assistance. Puis, les Chambres fédérales adoptent la loi fédérale sur les mesures de coercition à des fins d'assistance et les placements extrafamiliaux antérieurs à 1981 (LMCFA)<sup>41</sup> qui entre en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2017. Dans ses échanges avec le Parlement, le Conseil fédéral « juge important de préciser que la loi fédérale prévue ne peut avoir pour objet premier de critiquer les conditions d'alors ou les responsables des décisions qui ont été prises, mais bien plus de reconnaître les souffrances et le tort subis par les personnes concernées, vus avec notre regard d'aujourd'hui, et – dans la mesure où la chose est possible – de les réparer »<sup>42</sup>.

La LMCFA permet aux victimes placées jusqu'en 1981 d'obtenir une *contribution de solidarité*<sup>43</sup>, autrement dit une indemnisation, à la condition qu'elles en fassent la demande<sup>44</sup>. Si dans sa première version la LMCFA fixait un délai pour déposer une requête auprès de l'administration fédérale, cette limitation temporelle a été supprimée en 2020<sup>45</sup>. Cette loi donne mission aux archives cantonales de tout mettre en œuvre pour répondre aux questionnements des anciens enfants placés et le cas échéant de constituer un dossier sur lequel la demande d'indemnisation pourra s'appuyer<sup>46</sup>. Enfin, la LMCFA pose les conditions du libre accès de la personne concernée à *son dossier*<sup>47</sup>, bien qu'il n'existe pas réellement un dossier par enfant, mais plutôt quantité d'informations dispersées dans différents fonds d'archives. Lesdites conditions correspondent à peu près à celles de la LArch.

Comme mentionné précédemment, les dossiers du Service genevois de la protection de la jeunesse auraient été systématiquement détruits ; dans tous les cas ils restent introuvables. Les Archives d'État sont donc amenées à

---

41 Loi fédérale sur les mesures de coercition à des fins d'assistance et les placements extrafamiliaux antérieurs à 1981 (LMCFA), AS 2017 753.

42 Avis du Conseil fédéral du 13 novembre 2013 sur le Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 6 septembre 2013 concernant l'Initiative parlementaire visant la réhabilitation des personnes placées par mesure administrative.

43 Art. 4 al.1 LMCFA.

44 Art. 5 LMCFA.

45 Art. 6 al. 11 LMCFA, Examen des demandes et décision : abrogé par le ch. I de la LF du 19 juin 2020 (Suppression du délai de dépôt des demandes d'octroi d'une contribution de solidarité), avec effet au 1<sup>er</sup> novembre 2020 (RO 2020 4175 [<https://perma.cc/5VZD-RF7F>]; FF 2020 1573 [<https://perma.cc/T449-NWM4>] 1587 [<https://perma.cc/P38K-HX66>]).

46 Art. 12 LMCFA, Soutien par les archives cantonales.

47 Art. 11 LMCFA, Consultation des dossiers.

conduire pour chaque demande de renseignement<sup>48</sup> une véritable enquête dans des fonds d'archives complémentaires afin de reconstituer le parcours vécu par ces personnes durant leur enfance. Les archivistes ont recours entre autres aux dossiers du Tuteur général, aux archives de la Chambre des tutelles (puis Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant, TPAE), à celles de la Chambre pénale de l'enfance (puis Tribunal des mineurs), aux jugements de divorces, aux carnets de santé des élèves ou encore à des fonds d'archives privées comme ceux d'institutions d'accueil d'enfants ou de filles-mères. Enfin, l'aide du Centre LAVI<sup>49</sup> dans l'accompagnement psychologique des personnes concernées est décisif, si l'on veut éviter des chocs émotionnels trop importants.

## B. Recherches personnelles

Les personnes concernées s'adressent souvent aux Archives d'État comme si elles avaient enfin en face d'elles un interlocuteur incarnant l'administration publique dans son ensemble ou la représentation de l'État qui, pensent-elles souvent, a brisé leur famille et broyé leur enfance. La relation entre la personne et les Archives d'État peut alors devenir conflictuelle. Des obstacles incompréhensibles pour les requérants sont très vite apparus dans l'application du principe du libre accès à leurs données personnelles. La première difficulté est le temps nécessaire pour répondre. Comme il n'existe pas un seul dossier par personne, il faut réunir des informations dans des sources multiples et complémentaires qui peuvent être conservées aux Archives d'État, auprès du Pouvoir judiciaire, dans d'autres cantons ou dans des archives encore en main d'associations privées. Le délai de réponse qui s'étend parfois sur de nombreuses semaines peut être difficile à comprendre pour les requérants qui ont souvent déjà reçu par le passé des fins de non-recevoir. Ensuite vient la question du consentement des autres personnes concernées par un dossier. Il arrive que plusieurs enfants apparaissent dans un jugement de divorce ou qu'un dossier du Tuteur général traite d'une fratrie. Des frères et sœurs qui figurent dans un unique dossier ne se connaissent éventuellement pas. Une sœur ne souhaite pas que son frère – de qui elle se protège depuis des années – prenne connaissance de faits qui la concernent et retrouve par la même occasion sa trace. Une mère refuse que son fils ait accès à un dossier car ledit fils apprendrait alors ce que la mère a toujours voulu cacher à ses

---

48 À ce jour, les Archives d'État ont traité quelque 400 demandes.

49 LAVI : Centre genevois de consultation pour victimes d'infractions, <https://perma.cc/BQ3V-W2UD>.

enfants. Un père incestueux ne souhaite pas que sa fille prenne connaissance des raisons de son placement dans une autre famille en découvrant son dossier. Que fait-on si une personne concernée ne donne pas son consentement ou si cet accord est impossible à solliciter sans dévoiler une information personnelle sensible appartenant à un tiers ? Les cas où la pesée d'intérêts devient compliquée se multiplient. Quel est l'intérêt privé manifestement prépondérant à préserver ? Celui d'un enfant à pouvoir accéder à ses données pour reconstituer son passé et parfois se reconstruire ou celui d'un parent désireux de protéger sa personnalité en interdisant que ses données personnelles sensibles soient transmises à des tiers, même à son enfant ?

### C. Recherches scientifiques

Comme dans d'autres programmes de recherche scientifique, la question de l'accès aux données personnelles sensibles se pose avec acuité dans le cadre de celles qui sont menées au sujet des enfants placés. En 2014, le Conseil fédéral instaure une Commission indépendante d'experts (CIE) pour mener une première étude sur les mesures de coercition, en particulier sur l'internement administratif<sup>50</sup>. Cette commission rend un rapport final en 2019<sup>51</sup>. Le Fonds national suisse (FNS) lance en 2017 le programme national de recherche « Assistance et coercition » (PNR 76)<sup>52</sup>. En outre, plusieurs thèses de doctorat consacrées à ce sujet sont encore en cours de réalisation. Les demandes de dérogations affluent et elles remplissent généralement les conditions posées par l'art. 12 al. 5 LArch. Le respect de la confidentialité des données personnelles et l'anonymisation totale des données dans les publications relèvent de l'engagement du chercheur et de son éthique professionnelle. Cependant, dans la problématique des enfants placés, la proximité temporelle entre les chercheurs et les personnes concernées soulève de nouvelles questions. En effet, la plupart des enfants placés entre les années 1940 et 1980 pourraient encore être en vie. Dans le bassin de la population genevoise qui à l'époque n'était pas aussi importante qu'aujourd'hui, il est fort possible que le chercheur ait accès aux données personnelles d'une connaissance, d'un voisin ou d'une personne publique. Que faire lorsque dans le cadre d'une recherche scientifique, l'historien ou le sociologue accède à des données dont la consultation lui aurait été interdite alors qu'elles l'auraient concerné, suite à l'opposition par exemple de

---

50 Art. 15 LMCFA, Étude scientifique et information du public.

51 COMMISSION INDÉPENDANTE D'EXPERTS (CIE), La mécanique de l'arbitraire, internements administratifs en Suisse 1930-1981, rapport final, Chronos Verlag/Ed. Alphil/Edizioni Casagrande, Zurich, Neuchâtel, Bellinzone.

52 PNR 76, <https://perma.cc/QJL3-G3XC>.

son père ou de sa mère ? La méthode des recherches sérielles pose un problème supplémentaire, car le principe du consentement de la personne concernée autorisant la consultation de son dossier par des tiers n'est pas applicable pour des raisons pratiques. L'une des réponses actuelles reste l'échantillonnage. Il est possible d'admettre que les chercheurs n'ont pas besoin d'avoir accès à l'intégralité des dossiers pour travailler, mais qu'un échantillonnage qualitatif, quantitatif ou aléatoire de ces dossiers suffit à alimenter la recherche en sources nécessaires.

#### D. En guise de conclusion

Le principe d'un libre accès aux archives historiques de l'État a ainsi évolué depuis l'Ancien Régime à nos jours, passant des archives secrètes aux archives dites *publiques*, dans les deux sens du terme. Aux XX<sup>e</sup> siècle, le législateur genevois a progressivement diminué les délais de protection des archives de la République rendant ainsi le travail des historiens possible. Genève ne connaissant pas le principe de la classification tel qu'il est pratiqué par exemple en France, ces délais courent avec le temps. À la fin du siècle passé s'est développé le besoin de légiférer au sujet de l'accès aux documents encore en main de l'administration et plus généralement de l'information du public. La transparence est alors vue comme un gage de bonne gouvernance des affaires publiques et l'information un critère d'évaluation de la bonne santé d'une démocratie. Mais très vite, le souci de protéger la sphère privée en général et les données personnelles sensibles en particulier s'est imposé comme l'un des facteurs de l'équation. Aujourd'hui, deux lois, la LIPAD et la LArch, tentent d'apporter des réponses générales et abstraites à cet équilibre à trouver entre l'accès à l'information et la protection des données personnelles, voire personnelles sensibles. Il est arrivé aussi au législateur de revoir son ambition de transparence à la baisse en appliquant un droit à l'oubli protéiforme. Comme dans d'autres domaines, ce serait une erreur que de considérer la transparence comme un résultat d'une histoire téléologique.

Le cas concret des enfants placés illustre la pesée d'intérêts dont on ne peut faire l'économie pour répondre aux attentes légitimes des personnes concernées. La réalité se révèle parfois têtue, mais il est de la responsabilité d'une institution d'archives publiques, donc de l'État, d'assumer sa mission et de répondre ainsi aux attentes légitimes des citoyens<sup>53</sup>.

---

53 Beat Gnädinger / Barbara Studer Immenhauser (édit.), *Erinnerung – Recht und Pflicht! Devoir de mémoire*, Conférence des directrices et directeurs d'archives suisses (CDA), Chronos Verlag, Zurich, 2020.

Comme dans tous les domaines de la société actuelle, le changement de paradigme qu'induit l'ère numérique marque le fonctionnement de la gestion des documents, des données ou encore de l'information. Ce tsunami n'épargne pas le monde des archives que l'on pourrait penser immuable, figé dans la contemplation du fil d'un long fleuve tranquille. De toute évidence, il n'en est rien. Il conviendra pour les archives également de trouver des réponses aux défis actuels que pose la société de l'information. Une révision de la LArch sera probablement un passage obligé pour franchir un cap important dans le service aux citoyens et dans le respect de leurs droits.



Julian Powell

# Zugang zu Prüfungsunterlagen

## Anspruch nach Öffentlichkeitsprinzip unter Berücksichtigung des Datenschutzrechts und des Verfahrensrechts

---

I. Fragestellung .....	132
------------------------	-----

---

II. Zugang nach Öffentlichkeitsprinzip .....	132
A. Prüfungsunterlagen als amtliche Dokumente .....	132
B. Einschränkungen des Öffentlichkeitsprinzips .....	134
1. Persönlichkeitsschutz der Prüfungsteilnehmenden .....	135
2. Persönlichkeitsschutz der Prüferinnen und Prüfer .....	136
3. Zweckkonforme Durchführung künftiger Prüfungen .....	137
4. Begünstigung von Konkurrenzdynamiken .....	140
5. Urheberrecht als Einschränkungsgrund? .....	140
C. Zwischenfazit .....	142

---

III. Datenschutzrechtliches Auskunftsrecht .....	143
--	-----

---

IV. Akteneinsicht nach anwendbarem Verfahrensrecht .....	145
--	-----

---

V. Fazit .....	147
----------------	-----

## I. Fragestellung

Der vorliegende Beitrag<sup>1</sup> geht der Frage nach, inwiefern sich aus dem Bundesrecht und dem kantonalen Recht ein Anspruch auf Einsicht in Prüfungsunterlagen ergibt. Im Zentrum der Untersuchung stehen Prüfungen aus dem Bildungsbereich, insbesondere Hochschul- und Berufsprüfungen, wobei es jedoch möglich sein dürfte, daraus auch Erkenntnisse für Prüfungen aus anderen Bereichen (z.B. Anwaltsprüfungen, theoretische Fahrprüfungen, Einbürgerungstests o.Ä.) zu gewinnen. Als Prüfungsunterlagen werden vorliegend die folgenden Dokumente verstanden: Aufgabenstellungen (Prüfungsfragen), allfällige Musterlösungen, Notenskalen, Notenstatistiken, von Prüfungsteilnehmenden verfasste und abgegebene Unterlagen sowie etwaige Anmerkungen der Prüferinnen und Prüfer.

Ein Anspruch auf Einsicht in Prüfungsunterlagen kann sich aus unterschiedlichen Rechtsgrundlagen ergeben und entsprechend unterschiedlichen Voraussetzungen unterliegen. Im Fokus des vorliegenden Beitrags liegt der Zugang zu Prüfungsunterlagen nach dem Öffentlichkeitsprinzip (II.). Wie noch aufzuzeigen sein wird, wird dieser (allgemeine) Anspruch auf Einsicht unter gewissen Voraussetzungen von anderen Rechtsgrundlagen verdrängt. Es sind dies das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht (III.) und das anwendbare Verfahrensrecht (IV.). Zunächst soll die Anwendung des Öffentlichkeitsprinzips auf den Zugang zu Prüfungsunterlagen gewürdigt werden, während in einem zweiten Schritt auf die besonderen Konstellationen eingegangen wird.

## II. Zugang nach Öffentlichkeitsprinzip

### A. Prüfungsunterlagen als amtliche Dokumente

Das Öffentlichkeitsprinzip ist auf Bundesebene im Öffentlichkeitsgesetz<sup>2</sup> verankert. Gemäss neueren Stimmen in der Lehre lässt es sich anhand einer zeitgemässen und rechtsvergleichenden Auslegung – zumindest im Grundsatz – jedoch bereits aus Art. 16 Abs. 1 und 3 BV ableiten.<sup>3</sup> Die allermeisten Kantone

---

1 Ein herzlicher Dank gebührt Frau Dr. Judith Petermann Büttler, Herrn lic. iur. Reto Ammann, Herrn BA Alexander Powell, Herrn Mario Wetzel sowie Frau MLaw Ladina Solèr für den wertvollen Austausch und ihre konstruktiven Anregungen. Der vorliegende Beitrag widerspiegelt die persönlichen Auffassungen des Autors.

---

2 Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ; SR 152.3).

---

3 Eingehend MARKUS SCHEFER / RAPHAELA CUENI, Die Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 und 3 BV, Jusletter 7. Februar 2022; anderer Auffassung offenbar aber BERTIL COTTIER, Le droit d'accès aux documents officiels, in: Sylvain Métille (Hrsg.), Le droit d'accès, Bern 2021, 139-161, S. 146.

kennen das Öffentlichkeitsprinzip ebenfalls.<sup>4</sup> Teilweise ergibt es sich bereits aus den Kantonsverfassungen,<sup>5</sup> während es in anderen Fällen auf Gesetzesstufe vorgesehen ist<sup>6</sup>. Das Öffentlichkeitsprinzip gewährt jedermann das Recht, ohne besonderen Interessennachweis<sup>7</sup> Einsicht in amtliche Dokumente<sup>8</sup> zu nehmen.<sup>9</sup> Für die vorliegende Untersuchung ist somit zunächst fraglich, ob Prüfungsunterlagen amtliche Dokumente sind und somit in den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsprinzips fallen. Amtliche Dokumente sind in der Regel alle auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnete Daten, die sich im Besitz eines öffentlichen Organs befinden und der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen.<sup>10</sup> Ausgenommen vom Begriff sind insbesondere jene Dokumente, die ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind.<sup>11</sup> Bei Prüfungsbehörden handelt es sich in der Regel um öffentliche Organe, insbesondere um (Hoch-)Schulen. Die Durchführung von Prüfungen ist eine der öffentlichen Aufgaben von Prüfungsbehörden. Insofern erfüllen Prüfungsunterlagen ohne Weiteres die Voraussetzungen für die Qualifizierung

---

4 Vgl. COTTIER (Fn. 3), S. 146f. Im Kanton GL ist die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips bereits beschlossen, aber noch nicht in Kraft. In den Kantonen NW und OW sind Gesetzgebungsarbeiten zur Einführung des Öffentlichkeitsprinzips hängig. Einziger Kanton LU hält (noch) am Geheimhaltungsprinzip fest. In den Kantonen GR und UR sind indessen die Gemeindebehörden vom Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsprinzips ausgenommen.

---

5 Etwa in den Kantonen FR (Art. 19 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Freiburg [SGF 10.1]), GE (Art. 28 Abs. 2 der Constitution de la République et canton de Genève [rsGE A 2 00]) und SO (Art. 11 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Solothurn [BGS 111.1]).

---

6 Etwa in den Kantonen GR (Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip [BR 171.000]), TI (Legge sull'informazione e sulla trasparenza dello Stato [LIT/TI; RL 162.100]) und ZG (Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung [BGS 158.1]).

---

7 Eine Ausnahme stellt der Kanton AR dar, der das Vorliegen eines berechtigten Interesses verlangt (Art. 9 Abs. 1 des Gesetzes über Information und Akteneinsicht [bGS 133.1]).

---

8 Das BGÖ wie auch diverse Kantone (z. B. AG, FR und SO) verwenden den Begriff des amtlichen Dokuments, während andere deutschsprachige Kantone (namentlich BS, BL und ZH) von «Informationen» sprechen. Von den französischsprachigen Kantonen, die auf den Begriff der «documents officiels» abstellen, weicht einzig der Kanton GE ab, indem er lediglich an «documents» anknüpft.

---

9 Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung, BBl 2003 1963, 2001.

---

10 Vgl. z. B. Art. 5 Abs. 1 BGÖ; Art. 25 Abs. 1 der Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles des Kantons Genf (rsGE A 2 08; «LIPAD/GE»); § 4 Abs. 1 des Informations- und Datenschutzgesetzes des Kantons Solothurn (InfoDG/SO; BGS 114.1); Art. 8 Abs. 1 LIT/TI. Siehe auch SÉBASTIEN FANTI, La notion de document officiel en droit fédéral, ainsi qu'en droit valaisan, ZWR 2016, 393-440; RETO AMMANN / RENATE LANG, Öffentlichkeitsgesetz und Datenschutz, in: Nicolas Passadelis / David Rosenthal / Hanspeter Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, Basel 2015, 903-941, N 25.9 ff.

---

11 Vgl. z. B. Art. 5 Abs. 3 BGÖ; Art. 25 Abs. 4 LIPAD/GE; § 4 Abs. 2 InfoDG/SO; Art. 8 Abs. 2 LIT/TI.

als amtliche Dokumente. Eine Ausnahme dürfte allenfalls für persönliche Notizen von Prüferinnen und Prüfern gelten. Diese dürften als Dokumente zum persönlichen Gebrauch gelten, sofern sie ausschliesslich von der Prüferin oder vom Prüfer als Arbeitshilfsmittel gebraucht werden und nicht Grundlage des Prüfungsentscheides bilden.<sup>12</sup>

## B. Einschränkungen des Öffentlichkeitsprinzips

Das Öffentlichkeitsprinzip gilt jedoch nicht absolut; dem Zugangsrecht sind Schranken gesetzt. Diese werden in den anwendbaren Gesetzen im Einzelnen unterschiedlich geregelt, können aber in zwei übergreifenden Kategorien zusammengefasst werden: Die Einschränkung kann sich entweder unmittelbar aus einer spezialgesetzlichen Bestimmung<sup>13</sup> oder aufgrund überwiegender entgegenstehender Interessen<sup>14</sup> ergeben.<sup>15</sup> Als Einschränkung des Zugangs *im weiteren Sinn* können sowohl die Einschränkung *im engeren Sinn* (z.B. durch Schwärzung gewisser Inhalte) als auch der zeitliche Aufschub sowie die eigentliche Verweigerung des Zugangs verstanden werden.<sup>16</sup> Das Verhältnismässige

---

12 Vgl. FANTI (Fn. 10), S. 415.

13 In Betracht kommen namentlich besondere gesetzliche Geheimhaltungspflichten, wie etwa das strafrechtliche Berufsgeheimnis (Art. 321 des Schweizerischen Strafgesetzbuches [SR 311.0]), das Anwaltsgeheimnis (Art. 13 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte [SR 935.61]) oder das Steuergeheimnis (Art. 110 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer [SR 642.11]) und in den Kantonen etwa § 138 des Steuergesetzes des Kantons Basel-Stadt [SG 640.100] und § 128 des Steuergesetzes des Kantons Solothurn [BGS 614.11]).

14 Darunter zu verstehen sind sowohl schützenswerte private Interessen, wie z. B. der Schutz der Privatsphäre, als auch wichtige öffentliche Interessen, wie z. B. die öffentliche Sicherheit oder die freie Willensbildung in den Behörden. Siehe auch SHK BGÖ-BRUNNER/MADER, in: Stephan C. Brunner / Luzius Mader, Stämpfli Handkommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, Bern 2008 (zit. SHK BGÖ-VERFASSER\*IN), Einleitung N 38.

15 Praktisch alle Öffentlichkeitsgesetze sehen diese beiden Kategorien von Einschränkungsgründen vor, weichen jedoch hinsichtlich ihrer Regelungsdichte und Systematik voneinander ab, vgl. z. B. § 29 des Gesetzes über die Information und den Datenschutz des Kantons Basel-Stadt (IDG/BS; SG 153.260); Art. 24 ff. LIPAD/GE; § 13 InfoDG/SO. Das BGÖ kennt einen Vorbehalt zugunsten von Spezialbestimmungen (Art. 4), hat sodann in Art. 7 einen abschliessenden Katalog von Ausnahmebestimmungen aufgestellt; im Ergebnis umfassen die Tatbestände im Katalog jedoch die allermeisten öffentlichen und privaten Interessen, die einem Zugang entgegenstehen können. Siehe auch SHK BGÖ-COTTIER (Fn. 14), Art. 7 N 1 ff.

16 RUDIN definiert die Einschränkung entsprechend als «jede Massnahme, mit welcher erreicht wird, dass öffentliche Organe oder Privatpersonen, welche um die Bekanntgabe von Informationen oder den Zugang zu Informationen ersuchen, die Informationen überhaupt nicht, nicht zeitnah [...], nicht vollständig und nicht unbelastet von Auflagen erhalten», PraxKomm IDG/BS-RUDIN, in: Beat Rudin / Bruno Baeriswyl (Hrsg.), Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt, Basel 2014 (zit. PraxKomm IDG/BS-VERFASSER\*IN), § 29 N 3.

keitsprinzip gebietet, dass stets die mildeste taugliche Form der Einschränkung gewählt wird.<sup>17</sup> Bezogen auf Prüfungsunterlagen dürften sich kaum gesetzliche Grundlagen finden, welche das Öffentlichkeitsprinzip explizit ausschliessen. Besondere Relevanz kommt dagegen den entgegenstehenden Interessen zu. Dabei sind erstens die privaten Interessen der Prüfungsteilnehmenden und der Prüferinnen und Prüfer am Persönlichkeitsschutz sowie zweitens etwaige öffentliche Interessen, die einem Zugang entgegenstehen könnten, zu untersuchen.

### 1. Persönlichkeitsschutz der Prüfungsteilnehmenden

Wird Zugang zu den von Prüfungsteilnehmenden verfassten Unterlagen verlangt, so sind Personendaten und damit die Persönlichkeitsrechte der Teilnehmenden betroffen.<sup>18</sup> Enthalten amtliche Dokumente Personendaten, so sind diese nach Möglichkeit vor der Zugänglichmachung zu schwärzen.<sup>19</sup> Die vollständige Anonymisierung von Prüfungsunterlagen dürfte jedoch insbesondere bei bestimmten Prüfungsformen, etwa bei Essays oder mündlichen Prüfungsprotokollen, besonders anspruchsvoll sein und oftmals einen erheblichen Aufwand verursachen. Die Schwärzung der Personennamen oder Kennnummern (z.B. Matrikelnummern) allein würde bei solchen Unterlagen kaum genügen, um den Personenbezug zu den Prüfungsteilnehmenden aufzuheben. Ein durch ein Zugangsgesuch begründeter besonderer Aufwand stellt zwar grundsätzlich keinen Einschränkungsground dar, kann jedoch in aller Regel zur Erhebung von Gebühren führen.<sup>20</sup> Erscheint eine Anonymisierung faktisch unmöglich, ist diese mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden oder mit dem Verwendungszweck unvereinbar so kommt ausnahmsweise eine Bekanntgabe der Personendaten in Betracht.<sup>21</sup> Die Öffentlichkeitsgesetze von Bund und Kantonen verweisen für solche Fälle

---

17 COTTIER (Fn. 3), 154 f. Dieser Grundsatz ist etwa im Kanton GE explizit vorgeschrieben (Art. 27 LIPAD/GE).

18 Vgl. Europäischer Gerichtshof (EuGH), Rs. C-434/16, 20. Dezember 2017.

19 Vgl. etwa Art. 9 Abs. 1 BGÖ; § 6 Abs. 1 des Gesetzes über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen (IDAG/AG; SAR 150.700); § 30 IDG/BS; § 9 Abs. 1 der Informations- und Datenschutzverordnung des Kantons Solothurn (InfoDV/SO; BGS 114.2). Siehe auch AMMANN/LANG (Fn. 10), N 25.60.

20 Vgl. bspw. Art. 17 BGÖ; Art. 24 Abs. 2 des Gesetzes über die Information und den Zugang zu Dokumenten des Kantons Freiburg (InfoG/FR; SGF 17.5); § 40 Abs. 2 Bst. a InfoDG/SO; § 37 des Gesetzes über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz (ÖDSG/SZ; SRSZ 140.410).

21 Vgl. BGE 144 II 77 E. 5; BGE 142 II 340 E. 4.1; BERTIL COTTIER, *Transparence et protection des données*, in: Bernhard Waldmann / Florian Bergamin (Hrsg.), *10 Jahre InfoG Freiburg*, Bern 2021, 159–176, N 28; PraxKomm IDG/BS-RUDIN (Fn. 16), § 30 N 19; siehe auch AMMANN/LANG (Fn. 10), N 25.61 ff.

in der Regel auf die Bestimmungen zum Datenschutz oder auf besondere Koordinationsbestimmungen.<sup>22</sup> Nach den anwendbaren Bestimmungen hängt der Zugang dann im Ergebnis von einer umfassenden Interessenabwägung ab.<sup>23</sup> Vorliegend wird der konkrete Aufwand für die Anonymisierung entscheidend sein. Sofern dieser als verhältnismässig eingestuft werden kann, dürfte für den Zugang zwar eine Gebühr erhoben, dieser abgesehen davon jedoch gewährt werden. Würden die Anonymisierungsarbeiten demgegenüber dermassen aufwendig ausfallen, dass sie unverhältnismässig erscheinen, sind die Interessen am Zugang gegenüber den Interessen der Prüfungsteilnehmenden an Persönlichkeitsschutz gegeneinander abzuwägen. Zwar ist das Interesse an der fairen und rechtsgleichen Durchführung von Prüfungen erheblich. Gleichwohl erscheint die allgemeine Einsicht in die von anderen Teilnehmenden eingereichten Unterlagen zu deren Gewährleistung nicht erforderlich. Ausserdem würde dies einen sensiblen Eingriff in die Privatsphäre der Teilnehmenden bedeuten. Es bestünde insbesondere die Gefahr einer Stigmatisierung von schwächeren Prüfungsabsolventinnen und -absolventen. Entsprechend hat sich der *Préposé cantonal à la protection des données personnelles et à la transparence* des Kantons Genf (PPDT) in einer Empfehlung gegen den Zugang zu den Zeugnissen anderer Schülerinnen und Schüler ausgesprochen.<sup>24</sup> Eine Bekanntgabe der nicht anonymisierten Prüfungsunterlagen anderer Teilnehmenden erweist sich demnach grundsätzlich als unzulässig.

## 2. Persönlichkeitsschutz der Prüferinnen und Prüfer

Betrifft das Zugangsgesuch einzig die Aufgabenstellung (d. h. die Prüfungsfragen) und etwaige Musterlösungen sind die Persönlichkeitsinteressen der Prüfungsteilnehmenden gar nicht erst tangiert. Es verbleibt allenfalls der Bezug zur Person, welche die Prüfung gestellt hat.<sup>25</sup> Diesen Personenbezug zu entfernen, erscheint zumindest dort faktisch unmöglich, wo die Identität aufgrund der Umstände der gesuchstellenden Person bereits bekannt ist. Fraglich ist, ob die Interessen am Persönlichkeitsschutz der betroffenen Prüferin oder des betroffenen Prüfers das öffentliche Interesse an Transparenz

---

22 Vgl. etwa Art. 9 Abs. 2 BGÖ; § 30 Abs. 2 IDG/BS; Art. 26 Abs. 2 Bst. f LIPAD/GE; § 14 InfoDG/SO.

23 Vgl. BGE 144 II 77 E. 3; Verwaltungsgericht SO, SOG 2020 Nr. 6 E. 5.1; COTTIER (Fn. 21), N 29 ff. und 36 ff.; AMMANN/LANG (Fn. 10), N 25.64.

24 *Préposé cantonal à la protection des données personnelles et à la transparence* des Kantons Genf (PPDT), Empfehlung vom 30. September 2019, Ziff. 52 (<https://perma.cc/4GF2-9CCN>).

25 In gewissen Konstellationen, bei denen die Prüfung nicht einer spezifischen Prüferin oder einem spezifischen Prüfer zugeordnet werden kann, sondern von einem Gremium stammt, ist zweifelhaft, ob überhaupt noch von einem *Personenbezug* gesprochen werden kann.

überwiegen. Die Interessenabwägung ist im Lichte der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten<sup>26</sup> zu treffen. Rechtsprechung und Lehre anerkennen, dass Personendaten von Verwaltungsangestellten, die im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer öffentlichen Tätigkeit stehen und keinen direkten Bezug zu ihrer Privatsphäre aufweisen, grundsätzlich zugänglich zu machen sind.<sup>27</sup> Prüfungsunterlagen stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der öffentlichen Aufgabenerfüllung der Prüferinnen und Prüfer und weisen keinen Bezug zu ihrer Privat- oder Intimsphäre auf. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Prüferin oder dem Prüfer durch die Offenlegung ihrer Identität grundsätzlich keine ernsthaften persönlichen Nachteile drohen dürften. Es ist insbesondere nicht mit Repressalien zu rechnen. Die allenfalls resultierende Erkenntnis, dass gewisse Prüferinnen oder Prüfer qualitativ mangelhafte Prüfungen stellen – sei es aufgrund des Prüfungsniveaus, des Prüfungsstoffes oder anderer Kriterien – vermag dem Zugang nicht entgegengehalten zu werden. Im Gegenteil ist es gerade Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsprinzips, die Behördentätigkeit einer demokratischen Kontrolle zu unterziehen und potenzielle Missstände aufzudecken.<sup>28</sup> Dass die hergestellte Transparenz möglicherweise zu öffentlicher Kritik führen könnte, stellt ebenfalls kein schutzwürdiges Interesse zur Einschränkung des Zugangsrechts dar. Der Zugang zur Aufgabenstellung und zur Musterlösung einer Prüfung wäre insofern auch ohne Anonymisierung des Bezugs zur Prüferin oder zum Prüfer in aller Regel zu gewähren.

### 3. Zweckkonforme Durchführung künftiger Prüfungen

Dem Interesse am Zugang zu amtlichen Dokumenten können nicht nur die Persönlichkeitsschutzinteressen der betroffenen Personen entgegengehalten werden, sondern auch andere öffentliche Interessen. Prüfungen dienen der Feststellung von bestimmten Kenntnissen oder Fertigkeiten. Eine mit diesen Zwecken konforme Durchführung von Prüfungen liegt im öffentlichen Interesse.<sup>29</sup> Fraglich ist somit, ob der Zugang zu Prüfungsunterlagen den

---

26 BGE 142 II 340 E. 2.2; Botschaft «Öffentlichkeitsgesetz» (Fn. 9), 2002.

27 BVGer, A-3609/2010, 17. Februar 2011, E. 4.4.; DANIEL LADANIE-KÄMPFER, Der Zugang zu amtlichen Dokumenten mit Personendaten von Verwaltungsangestellten, *medialex* 5/2021; PraxKomm IDG/BS-RUDIN (Fn. 16), § 29 N 44 (<https://perma.cc/QRB2-CDRA>).

28 Vgl. Botschaft «Öffentlichkeitsgesetz» (Fn. 9), 1973 f.; BSK BGÖ-BLECHTA, in: Urs Maurer-Lambrou / Gregor P. Blechta (Hrsg.), *Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz*, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK BGÖ-Verfasser\*In), Art. 1 N 4 ff.; siehe auch DENIS MASMEJAN / BASTIEN VON WYSS, *La transparence de l'administration, quel intérêt?*, in: Sylvain Métille (Hrsg.), *Le droit d'accès*, Bern 2021, 243-248.

29 Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ sieht ausdrücklich eine Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip vor für Fälle, bei denen durch die Zugangsgewährung «die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde».

genannten Prüfungszweck vereiteln könnte. Dieses Risiko muss mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auftreten, darf nicht lediglich denkbar oder (entfernt) möglich erscheinen. Ausserdem muss die Beeinträchtigung über bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenzen hinausgehen.<sup>30</sup> In einer Empfehlung aus dem Jahr 2017 hatte der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) den Zugang zu *Unterlagen einer Lehrveranstaltung* an der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (ETH) zu beurteilen.<sup>31</sup> Konkret verlangte der Gesuchsteller Zugang zu den Lösungen von Beispielfällen, die im Rahmen einer Übungsstunde besprochen worden waren. Der EDÖB schloss sich der Argumentation der ETH an, wonach die Abgabe von Lösungskopien das Ziel der Übungen, nämlich die Lösungen interaktiv vor Ort mit den Lehrpersonen zu erarbeiten und zu besprechen, vereitelt würde.<sup>32</sup> Es sei von der ETH glaubhaft dargelegt worden, dass bei Veröffentlichung der Lösungen ein Teil der Studierenden mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr an den Übungen teilnehmen würde.<sup>33</sup> Der der Empfehlung zugrundeliegende Sachverhalt unterscheidet sich jedoch massgeblich von der Fragestellung des vorliegenden Beitrages, geht es bei Letzterem doch um den Zugang zu *Prüfungsunterlagen*. Prüfungen dienen im Gegensatz zu Übungsveranstaltungen nicht Übungszwecken, sondern einer Leistungsbeurteilung. Es ist insofern auch in keiner Weise zu befürchten, dass der Zugang zu Prüfungsunterlagen die Anzahl der Prüfungsteilnehmenden beeinträchtigen würde.

Teilweise bedienen sich Prüferinnen und Prüfer (im Bildungsbereich grundsätzlich Lehrpersonen) Jahr für Jahr der gleichen oder zumindest sehr ähnlicher Prüfungsfragen. Es könnte deshalb behauptet werden, die Offenlegung vergangener Prüfungen würde die Effektivität zukünftiger Prüfungen mindern, das Geheimhaltungsinteresse würde deshalb dem Transparenzinteresse überwiegen. Wenn tatsächlich stets dieselben Prüfungsfragen zum Zuge kommen, wird es allerdings nicht lange dauern, bis dieser Umstand den Prüfungsteilnehmenden geläufig ist. Dank dem heutigen hohen Vernetzungsgrad, insbesondere unter Lernenden und Studierenden, dürfte sich eine solche Erkenntnis in der Folge schnell verbreiten. Dann werden Aussagen über Prüfungsinhalte – zumindest mündlich – rasch kursieren. Sei es nun in einer Gruppenchat, einer Google-Gruppe, einem Dropbox-Ordner oder einem Online-Forum: Sogar Fotos von den Aufgabenblättern, die ehemalige Prüfungsteilnehmende (heimlich) aufgenommen haben, dürften oftmals auffindbar

---

30 BGE 144 II 77 E. 3; vgl. auch COTTIER (Fn. 3), S. 153 f.

31 Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), Empfehlung vom 29. September 2017 (<https://perma.cc/Q7ZP-W7MB>).

32 EDÖB (Fn. 31), Ziff. 14 f.

33 EDÖB (Fn. 31), Ziff. 15.

sein. Die Effektivität solcher «ewigen Prüfungsfragen» kann deshalb ganz allgemein und unabhängig vom Zugang dazu nach Öffentlichkeitsprinzip infrage gestellt werden. Andererseits wird eine gewisse Ähnlichkeit der Prüfungsfragen von Prüfung zu Prüfung – bei gleichbleibendem Prüfungsstoff – unausweichlich sein und auch die Teilnehmenden kaum überraschen. Ein Geheimhaltungsinteresse ist gerade aus diesem Grund umso weniger ersichtlich. Tatsache ist, dass eine gewisse Verbreitung vergangener Prüfungsinhalte kaum zu verhindern ist. Im Gegensatz zu Gerüchten, unscharfen Fotos und dergleichen erscheint jedoch der geregelte Zugang über das Öffentlichkeitsprinzip in jeder Hinsicht transparenter und berechenbarer. Aufgrund des Grundsatzes *access to one, access to all*,<sup>34</sup> ist ein solcher Zugang auch im Hinblick auf die Rechtsgleichheit zu begrüssen.

Auch die Rechtsprechung hat bereits erkannt, dass die Kenntnis von Prüfungsfragen nicht ohne Weiteres den Prüfungszweck unterläuft. Insofern hat die *Cour de droit administratif et public* des Kantons Waadt in einem jüngeren Urteil einen Anspruch auf Zugang zum Katalog der Fragen, die bei Einbürgerungskandidatinnen und -kandidaten in der Gemeinde Nyon angewendet worden waren, bestätigt.<sup>35</sup> Der Entscheid berücksichtigte im Rahmen der Interessenabwägung u. a., dass das fragliche Dokument keine Antworten zu den Prüfungsfragen enthielt.<sup>36</sup> Es ist insofern möglich, dass das Gericht den Zugang zu allfälligen Musterlösungen anders beurteilt hätte als jenen zu den blossen Prüfungsfragen. Andererseits werden im Urteil gerade die extensive Länge des Fragenkatalogs und die allgemeine Natur der Fragen hervorgehoben, womit in der Folge betont wird, dass zur erfolgreichen Beantwortung eine vertiefte Prüfungsvorbereitung in einer grossen Anzahl von Gebieten ohnehin unumgänglich sei.<sup>37</sup> An dieser Einschätzung dürfte auch die allfällige Veröffentlichung von Musterantworten grundsätzlich nichts ändern. Entsprechend veröffentlichen bereits heute zahlreiche Prüfungsbehörden ihre früheren Prüfungsaufgaben zusammen mit den Musterlösungen. Diese Praxis ist beispielsweise vorzufinden bei den gymnasialen Aufnahmeprüfungen in den Kantonen Solothurn<sup>38</sup> und Zürich<sup>39</sup>, dem theoretischen Teil der

---

34 Vgl. ausdrücklich Art. 2 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (VBGÖ; SR 152.31); Botschaft «Öffentlichkeitsgesetz» (Fn. 9), 2005; PraxKomm IDG/BS-RUDIN (Fn. 16), § 25 N 10.

---

35 *Cour de droit administratif et public* des Kantons Waadt (CDAP), GE.2018.0126, 19. September 2018.

---

36 CDAP (Fn. 35), E. 3e.

---

37 CDAP (Fn. 35), E. 3e.

---

38 Vgl. <https://perma.cc/4GRZ-UZTG>.

---

39 Vgl. <https://perma.cc/V3XK-LD45>.

Fahrprüfung<sup>40</sup> oder den standardisierten SAT-Prüfungen, welche regelmässig zur Zulassung zu US-amerikanischen Universitäten gefordert werden<sup>41</sup>. Dass diese Praxis die umfassende Vorbereitung der Teilnehmenden beeinträchtigen würde, ist nicht ersichtlich. Es ist gleichwohl denkbar, dass ausnahmsweise Prüfungen vorkommen, bei denen eine Veröffentlichung der Lösungen aufgrund der konkreten Struktur und Modalitäten der Prüfung das Risiko birgt, den Prüfungszweck tatsächlich zu unterlaufen. Angesichts der geltenden Transparenzvermutung<sup>42</sup> würde der Nachweis der Eintrittswahrscheinlichkeit und der Auswirkungen eines solchen Risikos jedenfalls der Prüfungsbehörde obliegen.

#### 4. Begünstigung von Konkurrenzdynamiken

Ein anderes Argument, das dem Zugang zu Prüfungsunterlagen im Bildungsbereich entgegengehalten werden könnte, wäre die dadurch begünstigte Verschärfung der Konkurrenzdynamik zwischen den Lehrpersonen oder zwischen den Bildungsinstitutionen. Aus den veröffentlichten Prüfungsunterlagen könnte gegebenenfalls ermittelt werden, welche Lehrpersonen oder Institutionen die anspruchsvolleren und welche dagegen die anspruchslöseren Prüfungen stellen würden. Allerdings sind solche Vergleiche nichts Neues. Sie werden bereits heute namentlich von Prüfungsteilnehmenden und interessierten Eltern angestellt. Dabei könnte gerade die Herstellung von Transparenz hinsichtlich der Prüfungsunterlagen eine sachliche und faktenbasierte Diskussion über divergierende Prüfungsstandards ermöglichen, ohne dass auf Gerüchte und Hörensagen zurückgegriffen werden müsste. Dass Prüfungen je nach Lehrperson oder Institution unterschiedlich gestaltet sind, wird oftmals sachlich begründet werden können. Die hergestellte Transparenz würde insofern nur solchen Konstellationen abträglich sein, die ohnehin auf fragwürdigem Fundament beruhen. Mit anderen Worten, das Öffentlichkeitsprinzip dürfte in dieser Hinsicht nichts anderes als sein Ziel erfüllen.

#### 5. Urheberrecht als Einschränkungsgrund?

Es ist schliesslich zu beurteilen, inwiefern Urheberrechte an den Prüfungsunterlagen zu einer Einschränkung des Zugangsrechts führen könnten. Denkbar ist, dass sich Prüferinnen und Prüfer hinsichtlich der von ihnen entworfenen

---

40 Allerdings werden die Prüfungsfragen und -antworten durch die Vereinigung der Strassenverkehrsämter lediglich als Lizenzprodukt, d. h. kostenpflichtig, zur Verfügung gestellt, was kaum den Anforderungen des Öffentlichkeitsprinzips gerecht wird.

41 Vgl. <https://perma.cc/3EYN-6CG8>.

42 Vgl. BGE 142 II 340 E. 2.2; Botschaft «Öffentlichkeitsgesetz» (Fn. 9), 2002; COTTIER (Fn. 3), S. 150.

Prüfungsaufgaben auf den Urheberrechtsschutz berufen könnten. Das Urheberrechtsgesetz<sup>43</sup> knüpft an den *Werkbegriff* an. Werke sind demnach geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben (Art. 2 Abs. 1 URG). Gewisse Werke werden vom Urheberrechtsschutz ausdrücklich ausgenommen. Dies betrifft insbesondere «Entscheidungen, Protokolle und Berichte von Behörden und öffentlichen Verwaltungen» (Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG). Die Ausnahmebestimmung erfasst jedoch bei Weitem nicht alle von Behörden erstellten oder in Auftrag gegebenen Dokumente.<sup>44</sup> Verwaltungsinterne Dokumente, die nicht Gegenstand von Protokollen und Berichten bilden, geniessen vollen Urheberrechtsschutz.<sup>45</sup> Anhand dieser Abgrenzung ist nicht davon auszugehen, dass von Prüferinnen und Prüfern erstellte Prüfungsaufgaben von der Ausnahme nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c URG erfasst sind.

Sofern Prüfungsunterlagen als Werke nach Art. 2 Abs. 1 URG qualifiziert werden, kommt die Urheberin oder der Urheber grundsätzlich in den Genuss verschiedener Ansprüche und Rechte. Dazu gehört namentlich das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 Abs. 1 URG). Grundsätzlich käme demnach eine Veröffentlichung der Prüfungsunterlagen nur nach vorgängiger Erlaubnis der Urheberin oder des Urhebers in Betracht. In der Praxis ist jedoch anerkannt, dass das Urheberrecht keinen absoluten Vorbehalt gegenüber dem Öffentlichkeitsprinzip darstellt.<sup>46</sup> Grundsätzlich vermag das Urheberrecht den *Zugang* zu amtlichen Dokumenten nicht per se einzuschränken.<sup>47</sup> Allerdings obliegt es der nach Zugang ersuchenden Person, die geistigen Eigentumsrechte der Urheberin oder des Urhebers an den erhaltenen Dokumenten zu wahren.<sup>48</sup> Es wird ferner,

---

43 Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (URG; SR 231.1).

44 Komm URG-EGLOFF, in: Denis Barrelet / Willi Egloff (Hrsg.), Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. Komm URG-VERFASSER\*IN), Art. 5 N 7.

45 Komm URG-EGLOFF (Fn. 44), Art. 5 N 7.

46 ISABELLE HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip – Geschäftsgeheimnis, digma 2016, 118-121, S. 119; MATTHIAS HAUSER / ROLF BICKEL, Informationszugang im Umweltrecht und die Rechte von Urhebern, URP 2011, 299-325, S. 314 f.; SHK BGÖ-MAHON/GONIN (Fn. 14), Art. 6 N 44 ff.; Bundesamt für Justiz und Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, 7. August 2013 (zit. BJ/EDÖB), Ziff. 3.2.3 (<https://perma.cc/XGC5-E7JG>); Botschaft «Öffentlichkeitsgesetz» (Fn. 9), 1979.

47 So ausdrücklich Art. 6 Abs. 2 Satz 1 BGÖ; vgl. SHK BGÖ-MAHON/GONIN (Fn. 14), Art. 6 N 55; DENIS BARRELET, Les documents protégés par le droit d'auteur et le principe de la transparence de l'activité administrative, sous l'angle du droit de reprographie, Gutachten zuhanden des Bundesamts für Justiz, 15. April 2002, S. 16 (<https://perma.cc/52C5-V8K9>).

48 Vgl. HÄNER (Fn. 46), S. 119; Botschaft «Öffentlichkeitsgesetz» (Fn. 9), 1979 f.; PraxKomm IDG/BS-RUDIN (Fn. 16), § 29 N 49.

gestützt auf die urheberrechtliche Zweckübertragungstheorie, vertreten, dass die Nutzungsrechte an Dokumenten, die im Auftrag des Staates erstellt werden, auf den Staat übergehen.<sup>49</sup> Prüfungsunterlagen werden von Lehrpersonen, Expertinnen und Experten oder anderen Prüferinnen und Prüfern entweder im Rahmen ihres öffentlichen Dienstverhältnisses oder aufgrund eines besonderen Auftrags der Prüfungsbehörde erstellt. Nach der vorangehend beschriebenen Auffassung würden die Nutzungsrechte an den Prüfungsunterlagen somit entweder unmittelbar aufgrund des anwendbaren Dienstrechts oder anhand der Zweckübertragungstheorie auf die Prüfungsbehörde übergehen. Unabhängig von einem solchen Rechtsübergang geht aus den Gesetzesmaterialien und der Literatur jedenfalls hervor, dass der auf das Öffentlichkeitsprinzip gestützte *Zugang* zu Prüfungsunterlagen grundsätzlich nicht unter Berufung auf das Urheberrecht eingeschränkt werden kann.<sup>50</sup> Die geistigen Eigentumsrechte müssen allerdings von der gesuchstellenden Person bei der weiteren Nutzung der Unterlagen beachtet werden.

### C. Zwischenfazit

Die vorangehende Analyse zeigt zunächst auf, dass Prüfungsunterlagen als amtliche Dokumente zu klassifizieren sind und somit in den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsprinzips fallen. Eine Bekanntgabe von Personendaten anderer Teilnehmender erscheint grundsätzlich unverhältnismässig. Zur Wahrung der Persönlichkeitsinteressen der Prüfungsteilnehmenden sind von ihnen verfasste bzw. ausgefüllte Unterlagen vorgängig zu anonymisieren, was gegebenenfalls die Erhebung von Gebühren rechtfertigen kann. Der Personenbezug zu den Prüferinnen und Prüfern lässt sich demgegenüber regelmässig nicht aufheben. Allerdings vermögen die Persönlichkeitsinteressen der Prüferinnen und Prüfer das Transparenzinteresse grundsätzlich nicht zu überwiegen, weshalb sie den Zugang nicht einzuschränken vermögen. Weiter werden die Effektivität der Prüfungen und ihre zweckkonforme Durchführung durch die Veröffentlichung der Prüfungsunterlagen in der Regel nicht oder nicht dermassen beeinträchtigt, dass sich eine Einschränkung des Öffentlichkeitsprinzips rechtfertigen lassen würde. Dasselbe gilt hinsichtlich der allfälligen

---

49 Vgl. SHK BGÖ-MAHON/GONIN (Fn.14), Art. 6 N 58 mit Fn. 51; BJ/EDÖB (Fn. 46), Ziff. 3.2.3; Botschaft «Öffentlichkeitsgesetz» (Fn. 9), 1979; HÄNER, (Fn. 46), S. 119.

50 Insofern überrascht es, dass das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) den Zugang zu Aufgaben früherer Maturitätsprüfungen u. a. *mit Berufung auf das Urheberrecht* pauschal einschränkt und dafür einen begründeten Antrag voraussetzt, vgl. Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes (BGÖ) bei den schweizerischen Maturitätsprüfungen Ressort Gymnasiale Bildung GYM (<https://perma.cc/5ZKX-Q5AR>).

Begünstigung von Konkurrenzdynamiken zwischen Lehrpersonen oder Bildungsinstitutionen. Schliesslich kann der Zugang auch nicht mit Berufung auf das Urheberrecht verweigert werden. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass aufgrund des Öffentlichkeitsprinzips der Zugang zu Prüfungsunterlagen, unter vorgängiger Anonymisierung allfälliger Personendaten der Prüfungsteilnehmenden, grundsätzlich zu gewähren ist.

### III. Datenschutzrechtliches Auskunftsrecht

In zahlreichen Konstellationen wird die Einsicht in Prüfungsunterlagen nach den anwendbaren Bestimmungen zum Öffentlichkeitsprinzip anhand der vorangehenden Überlegungen zu beurteilen sein. In gewissen Konstellationen wird der Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsprinzips aber durch andere Rechtsgrundlagen verdrängt. Zunächst in Betracht kommt die Konstellation, in der jemand Einsicht in seine eigenen Personendaten verlangt und somit sein datenschutzrechtliches Auskunftsrecht ausübt.

Bei einer Prüfung verfasste und eingereichte Unterlagen sowie etwaige Anmerkungen der Prüferin oder des Prüfers stellen Personendaten über die Prüfungsteilnehmenden dar.<sup>51</sup> Verlangen Teilnehmende Zugang zu den *eigenen* Prüfungsunterlagen, kann dies primär als datenschutzrechtliches Auskunfts-gesuch qualifiziert werden. Im revidierten Datenschutzgesetz<sup>52</sup> ist das Auskunftsrecht in Art. 25 ff. geregelt, während es im geltenden Datenschutzgesetz<sup>53</sup> noch in Art. 8 f. enthalten ist.<sup>54</sup> Die kantonalen Datenschutzgesetze kennen sehr ähnliche Rechte.<sup>55</sup> Jede betroffene Person kann ohne Nachweis eines besonderen Interesses Auskunft über die eigenen Personendaten verlangen.<sup>56</sup>

---

51 Vgl. EuGH, Rs. C-434/16, 20. Dezember 2017.

52 Am 25. September 2020 haben National- und Ständerat das totalrevidierte Bundesgesetz über den Datenschutz (nDSG) angenommen; es wird am 1. September 2023 in Kraft treten. Für eine Übersicht der Neuerungen vgl. ADRIAN BIERI / JULIAN POWELL, Die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz, Jusletter 16. November 2020.

---

53 Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

54 Vgl. zum Auskunftsrecht im nDSG LUKAS BÜHLMANN / MARION LAGLER, Informationspflichten und Auskunftsrecht nach dem neuen Datenschutzrecht, SZW 2021, 16-22.

---

55 Vgl. etwa § 26 InfoDG/SO; Art. 44 ff. LIPAD/GE; § 20 Abs. 2 des Gesetzes über die Information und den Datenschutz (IDG/ZH; LS 170.4).

---

56 Vgl. etwa Art. 8 Abs. 1 DSG; Art. 25 Abs. 1 nDSG; § 23 Abs. 1 IDAG/AG; § 26 Abs. 1 IDG/BS. Siehe auch FÉLISE ROUILLER / ASTRID EPINEY, Le droit d'accès à ses données personnelles, in: Sylvain Métille (Hrsg.), Le droit d'accès, Bern 2021, 1-28, S. 8; MICHAEL WIDMER, Rechte der Datenschutzsubjekte, in: Nicolas Passadelis / David Rosenthal / Hanspeter Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, Basel 2015, 149-165, N 5.7.

Erforderlich ist lediglich ein Identitätsnachweis.<sup>57</sup> Das Auskunftsgesuch berechtigt zum Zugang zu einer Reihe von Angaben, welche die Bearbeitung der eigenen Personendaten betreffen. In den Worten der Botschaft des Bundesrates zum nDSG handelt es sich dabei «grundsätzlich um diejenigen Informationen, die erforderlich sind, damit die betroffene Person ihre Rechte nach dem Gesetz geltend machen kann und damit eine transparente Datenbearbeitung gewährleistet ist».<sup>58</sup> Dazu zählen neben den bearbeiteten Personendaten selbst namentlich auch die Identität des für die Datenbearbeitung Verantwortlichen, der Bearbeitungszweck, die Aufbewahrungsfrist und allfällige Datempfänger.<sup>59</sup> Ein datenschutzrechtliches Auskunftsgesuch kann demnach dazu berechtigen, Zugang zu den *eigenen* Prüfungsunterlagen zu erhalten. Es stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Verantwortliche die Auskunft verweigern darf. Die Datenschutzgesetze sehen nämlich verschiedene Schranken des Auskunftsrechts vor.<sup>60</sup> In Bezug auf öffentliche Organe – und darum handelt es sich in der Regel bei Prüfungsbehörden – lassen sich die Einschränkungsründe in dieselben beiden Kategorien einteilen wie jene zum Öffentlichkeitsprinzip. Zum einen kann die Auskunft aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift eingeschränkt werden.<sup>61</sup> Zum anderen können überwiegende Interessen die Auskunftserteilung beschränken.<sup>62</sup> Gleich wie beim Öffentlichkeitsprinzip haben Einschränkungen des Auskunftsrechts stets dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.<sup>63</sup> In Bezug auf

---

57 Vgl. etwa Art. 1 Abs. 1 der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG; SR 235.11); § 26 Abs. 1 InfoDG/SO; Art. 44 Abs. 1 LIPAD/GE. Siehe auch LIVIO DI TRIA / KASTRIOT LUBISHTANI, *Étude empirique du droit d'accès à ses données personnelles*, in: Sylvain Métille (Hrsg.), *Le droit d'accès*, Bern 2021, 29–75, S. 43; HK DSG-ROSENTHAL, in: David Rosenthal / Yvonne Jöhri (Hrsg.), *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, Zürich 2008 (zit. HK DSG-VERFASSER\*IN), Art. 8 N 10.

---

58 Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941, 7066.

---

59 Vgl. z. B. Art. 25 Abs. 2 nDSG; § 24 Abs. 1 IDAG/AG; § 24 Abs. 2 i.V.m. § 14 Abs. 2 des Gesetzes über die Information und den Datenschutz des Kantons Basel-Landschaft (IDG/BL; SGS 162); Art. 18 Abs. 2 i. V. m. Art. 5a Abs. 2 des Gesetzes über den Schutz von Personendaten des Kantons Schaffhausen (SHR 174.100).

---

60 Vgl. etwa Art. 26 nDSG; Art. 46 LIPAD-GE; Art. 18 des Datenschutzgesetzes des Kantons St. Gallen (DSG/SG; sGS 142.1); § 26 Abs. 1 InfoDG/SO.

---

61 Wobei das nDSG eine formell-gesetzliche Grundlage verlangt (Art. 26 Abs. 1 Bst. a nDSG).

---

62 WIDMER (Fn. 56), N 5.41.

---

63 WIDMER (Fn. 56), N 5.42. Kritisch zu betrachten sind Beschränkungen in den Modalitäten der Auskunft, etwa wenn der gesuchstellenden Person nur gestattet wird, die Unterlagen vor Ort einzusehen, nicht aber zu fotokopieren oder auf einem Datenträger zu laden. Insofern ist etwa die Regelung im Kanton BS zu begrüßen, wonach dem Zugang zu den eigenen Personendaten in der Regel durch Aushändigung auf einem Informationsträger nachgekommen wird und eine Beschränkung auf eine Einsicht vor Ort die Einwilligung der gesuchstellenden Person voraussetzt (§ 34 Abs. 1 IDG/BS); nach

Prüfungsunterlagen dürften kaum gesetzliche Bestimmungen vorliegen, welche das Auskunftsrecht ausdrücklich ausschliessen. Es ist allerdings denkbar, dass dem Auskunftsrecht überwiegende Interessen entgegengehalten werden könnten. Die korrigierten Prüfungsunterlagen geben nämlich nicht nur Aufschluss über die jeweiligen Prüfungsteilnehmenden, sondern auch über die Person, welche die Prüfung gestellt und korrigiert hat (vgl. dazu II.B.2.). Bei der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass sich die Prüfungsteilnehmenden gegenüber den Prüferinnen und Prüfern regelmässig in der vulnerableren Position befinden. Oftmals wird die Ausübung des Auskunftsrechts ihre einzige Möglichkeit sein, sich gegen allfällige Unregelmässigkeiten zu wehren. Die sich aus der Auskunft ergebenden Rückschlüsse auf die Prüferin oder den Prüfer dürften dagegen – abgesehen von tatsächlichem Fehlverhalten, an deren Geheimhaltung ohnehin kein schutzwürdiges Interesse besteht – nur ihre amtliche Funktion und nicht ihre Privatsphäre betreffen. Den Prüferinnen und Prüfern sollten dementsprechend, wenn überhaupt, keine über blossе Unannehmlichkeiten hinausgehenden Nachteile entstehen. Insofern ist davon auszugehen, dass die Interessen an Auskunft der Prüfungsteilnehmenden gegenüber den Interessen an Persönlichkeitsschutz der Prüferinnen und Prüfer grundsätzlich überwiegen und eine Einschränkung des Auskunftsrechts nicht zu rechtfertigen vermögen.

Als Erkenntnis kann festgehalten werden, dass Einsichtsgesuche, welche die eigenen Prüfungsunterlagen betreffen, grundsätzlich als datenschutzrechtliche Auskunftsgesuche zu qualifizieren und in der Regel uneingeschränkt zu gewähren sind.

## IV. Akteneinsicht nach anwendbarem Verfahrensrecht

Das Öffentlichkeitsprinzip bezweckt den Zugang zu amtlichen Dokumenten. Im Rahmen von besonderen Rechtsverfahren (insbesondere *Gerichtsverfahren*) wird die Einsicht in Verfahrensakten aber grundsätzlich vom anwendbaren Verfahrensrecht geregelt. Das Öffentlichkeitsprinzip wird in diesen Bereichen vom Verfahrensrecht verdrängt.<sup>64</sup> Die Rechtslage in Bund und Kantonen weist zwar Ähnlichkeiten auf, ist jedoch nicht vollkommen einheitlich.

---

bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt auf Bundesebene das Gleiche (BGE 141 III 119 E. 8.1; ROULLER/EPINEY [Fn. 56], S. 7). Problematisch erscheint dagegen etwa der Wortlaut von Art. 31 Abs. 2 des Datenschutz-, Informations- und Archivgesetzes des Kantons Appenzell Innerrhoden (DIAG/AI; GS 172.800).

64 Siehe auch SHK BGÖ-SCHWEIZER/WIDMER (Fn. 14), Art. 3 N 10.

Sowohl der Bund<sup>65</sup> als auch die Kantone<sup>66</sup> stellen für die Einsicht in Dokumente während *laufender Gerichtsverfahren* einen Vorbehalt zugunsten der anwendbaren Spezialgesetze auf. Eine umfassende Darstellung der Abgrenzung zwischen Verfahrensrecht und Öffentlichkeitsprinzip würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Entsprechend beschränkt er sich auf die für die Einsicht in Prüfungsunterlagen relevanten Abgrenzungsfragen.

Wird gegen eine Verfügung im Zusammenhang mit einer Prüfung ein Rechtsmittel (Beschwerde, Rekurs) ergriffen,<sup>67</sup> so übermittelt die Prüfungsbehörde ihre Verfügung und die Prüfungsunterlagen der Rechtsmittelinstanz. Während des laufenden Rechtsmittelverfahrens bestimmt sich die Einsicht in die Akten des Verfahrensdossiers grundsätzlich nach dem massgebenden Verwaltungsverfahrensrecht.<sup>68</sup> *Nach Abschluss* des Verfahrens, wenn die Verfügung und die Prüfungsunterlagen an die Prüfungsbehörde zurückgegeben worden sind, ist für die Einsicht danach zu differenzieren, welchen Bezug die gesuchstellende Person zu den Dokumenten aufweist und ob Bundesrecht oder kantonales Recht anwendbar ist. Handelt es sich um eine Partei im Verfahren und ist Bundesrecht anwendbar, so richtet sich die Einsicht gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ weiterhin nach dem Verfahrensrecht.<sup>69</sup> Findet dagegen kantonales Recht Anwendung, so ist wiederum massgebend, ob das Gesuch als datenschutzrechtliches Auskunftsgesuch, d. h. als Einsicht in die eigenen Prüfungsunterlagen (vgl. dazu III.), oder als Zugangsgesuch nach Öffentlichkeitsprinzip (vgl. dazu II.) zu qualifizieren ist.

Zu bemerken bleibt, dass nach einem älteren Bundesgerichtsentscheid das verfassungsrechtliche Akteneinsichtsrecht, welches sich aus dem rechtlichen Gehör ergibt, keinen Anspruch auf Einsicht in die Prüfungsunterlagen anderer Prüfungsteilnehmender begründet. Dies gelte zumindest, solange keine konkreten Anhalts- oder Verdachtspunkte vorgebracht würden, die auf eine rechtsungleiche Behandlung schliessen lassen.<sup>70</sup>

---

65 Art. 3 Abs. 1 BGÖ.

66 Vgl. z. B. Art. 21 Abs. 1 Bst. a und b InfoG/FR; § 2 Abs. 4 Bst. b InfoDG/SO; § 2b Abs. 1 IDG/ZH.

67 Sofern der Rechtsweg überhaupt offensteht: Insbesondere bei Volksschulprüfungen wird der Rechtsweg oftmals mit der Begründung eines fehlenden Rechtsschutzinteresses ausgeschlossen.

68 Auf Bundesebene grundsätzlich nach Art. 26 ff. des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021).

69 Siehe auch AMMANN/LANG (Fn. 10), N 25.23.

70 BGE 121 I 225 E. 2, nach Auffassung des Bundesgerichts könne daraus, dass zwar auch eine vergleichende Beurteilung aller Prüfungsteilnehmenden unvermeidlicher Weise in eine Prüfungsbewertung einfließen würde, nicht gefolgert werden, dass ein solcher Quervergleich die Grundlage für den Entscheid über die einzelnen Arbeiten bilde. Ob diese Auffassung einer empirischen Untersuchung standhalten würde, sei dahingestellt.

## V. Fazit

Mit der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips haben der Bund und die betreffenden Kantone einen *Paradigmenwechsel* herbeigeführt: Anstelle des ehemaligen Geheimhaltungsgrundsatzes mit Öffentlichkeitsvorbehalt gilt neu ein *Öffentlichkeitsgrundsatz mit Geheimhaltungsvorbehalt*.<sup>71</sup> Ziel der ausgebauten Transparenz ist namentlich, das Vertrauen der Bevölkerung in die Behörden zu fördern. Der vorliegende Beitrag ist der Frage nachgegangen, ob der eingeführte Paradigmenwechsel auch Auswirkungen auf die Einsicht in Prüfungsunterlagen hat. Die Fragestellung ist nicht zuletzt deshalb von Relevanz, weil der Ausgang von Prüfungen erhebliche Auswirkungen auf die persönliche und berufliche Laufbahn einer Person haben kann. Zu denken sei etwa an gymnasiale Zulassungsprüfungen, Maturitätsprüfungen, Bachelor- oder Masterprüfungen. An der fairen und rechtsgleichen Ausgestaltung solcher Prüfungen besteht ein erhebliches öffentliches Interesse. Die Herstellung von Transparenz in Bezug auf die verwendeten Prüfungsunterlagen kann das öffentliche Vertrauen in die Prüfungsabläufe stärken sowie zur Aufdeckung etwaiger Missstände beitragen.

Prüfungsunterlagen, verstanden als Aufgabenstellungen, allfällige Musterlösungen, Notenskalen, Notenstatistiken, von den Teilnehmenden verfasste und abgegebene Unterlagen sowie etwaige Anmerkungen der Prüferinnen und Prüfer, sind ohne Weiteres als amtliche Dokumente zu qualifizieren, die vom Öffentlichkeitsprinzip erfasst werden. Personendaten der Prüfungsteilnehmenden in den Prüfungsunterlagen, insbesondere in den von ihnen selbst verfassten Dokumenten, sind allerdings vor der Zugänglichmachung abzudecken. Dagegen rechtfertigen die Persönlichkeitsschutzinteressen der Prüferinnen oder Prüfer keine Einschränkung des Zugangsrechts. Das Gleiche gilt hinsichtlich der zweckkonformen Durchführung der Prüfungen, die durch den Zugang zu den Prüfungsunterlagen in der Regel nicht ernsthaft gefährdet erscheint. Ebenso wenig vermag die Befürchtung, dass der Zugang zu Prüfungsunterlagen Konkurrenzdynamiken zwischen Lehrpersonen oder Bildungsinstitutionen begünstigen könnte, einen legitimen Einschränkungsground des Öffentlichkeitsprinzips zu verkörpern. Sofern die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an von Prüferinnen und Prüfern erstellten Prüfungsunterlagen nicht ohnehin auf die Prüfungsbehörde übergehen, kann die Zugänglichmachung von Dokumenten gestützt auf das Öffentlichkeitsprinzip auch nicht mit Berufung auf geistige Eigentumsrechte verweigert werden. Zusammenfassend kann somit aus dem Öffentlichkeitsprinzip ein grundsätzliches Recht auf Zugang zu Prüfungsunterlagen abgeleitet werden.

---

71 Vgl. BGE 142 II 340 E. 2.2; SHK BGÖ-BRUNNER/MADER (Fn. 14), Einleitung N 37.

Sofern eine Person Einsicht in die *eigenen* Prüfungsunterlagen verlangt, ist das Gesuch nicht als Zugangsgesuch nach Öffentlichkeitsprinzip, sondern als datenschutzrechtliches Auskunftsgesuch zu behandeln. Weil keine gesetzlichen Bestimmungen, privaten oder öffentlichen Interessen ersichtlich sind, die eine Einschränkung des Auskunftsrechts rechtfertigen würden, haben Prüfungsbehörden solchen Gesuchen nachzukommen.

Für die Einsicht in Akten, die ein *laufendes Rechtsverfahren* betreffen, verdrängt das anwendbare Verfahrensrecht regelmässig das Öffentlichkeitsprinzip. Während des Rechtsmittelverfahrens gegen einen Prüfungsentscheid richtet sich die Akteneinsicht somit nach den Bestimmungen des anwendbaren (Verwaltungs-)Verfahrensrechts.

Abschliessend lässt sich feststellen, dass eine Verweigerung der Einsicht in Prüfungsunterlagen nur in den seltensten Fällen gerechtfertigt sein dürfte. Im Einklang mit dieser Erkenntnis wäre eine – von gewissen Prüfungsbehörden bereits praktizierte – *proaktive Veröffentlichung* von solchen Prüfungsunterlagen, die keine Rückschlüsse auf einzelne Teilnehmenden erlauben, zu begrüssen. Dies betrifft insbesondere frühere Prüfungsaufgaben und Musterlösungen.

Christian Flueckiger

# Principes de procédure poussés dans les cordes par celui de la transparence ?

---

<b>I. Introduction</b> .....	<b>150</b>
------------------------------	------------

---

<b>II. Caviardage des documents officiels et procédure administrative contentieuse</b> .....	<b>152</b>
<b>A. Principe général du caviardage</b> .....	<b>152</b>
<b>B. Principe de l'égalité des armes en procédure administrative</b>	<b>153</b>
<b>C. Procédure comprenant un document officiel caviardé</b> .....	<b>154</b>
1. Caractéristiques générales de la procédure .....	<b>154</b>
2. Caractéristiques de la procédure propre au caviardage .....	<b>156</b>
a. Caviardage d'informations touchant des intérêts publics ..	<b>158</b>
b. Caviardage d'informations touchant des intérêts privés ..	<b>161</b>

---

<b>III. Respect du droit d'être entendu lorsqu'il concerne un grand nombre de personnes</b> .....	<b>164</b>
---	------------

---

<b>IV. Délimitation de l'objet de la demande d'accès</b> .....	<b>165</b>
--	------------

---

<b>V. Bonnes pratiques encouragées</b> .....	<b>168</b>
--	------------

---

<b>VI. Conclusions</b> .....	<b>170</b>
------------------------------	------------

---

<b>VII. Bibliographie</b> .....	<b>171</b>
---------------------------------	------------

## I. Introduction

Depuis 20 ans, non seulement dans le canton de Genève, mais aussi dans celui de Neuchâtel, ainsi que depuis 19 ans dans celui du Jura<sup>1</sup>, un droit d'accès aux documents officiels<sup>2</sup> des administrations cantonales et communales, ainsi que des entités paraétatiques, est offert à toute personne intéressée. Ces dernières peuvent consulter – et demander une copie sous réserve des droits d'auteur – des documents établis dans le cadre d'une tâche légale et obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités, sans devoir justifier d'un intérêt particulier<sup>3</sup>, dans le but de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques, de même que la confiance des citoyens dans les autorités, tout en améliorant le contrôle de l'administration<sup>4</sup>.

Les cantons de Fribourg, Genève, Neuchâtel et Vaud, ont même érigé ce droit d'accès au rang de droit fondamental constitutionnel, contrairement à ceux du Jura et du Valais, ainsi que de la Confédération<sup>5</sup>.

Dans le cadre de son exercice auprès des autorités cantonales, et surtout de celui de la procédure qui en découle lorsque les demandes sont refusées, il a été régulièrement constaté, durant les 20 années écoulées, des difficultés pour répondre aux exigences des règles cantonales de la transparence, ainsi qu'à celles de la procédure administrative. Indépendamment des voies de droit spécifiques établies pour les demandes d'accès refusées (procédure de conciliation obligatoire dans les cantons de Genève, Valais, Jura et Neuchâtel, facultative dans celui de Vaud), les caractéristiques propres aux procédures en matière de transparence soulèvent quelques questions particulières qui ne sont pas rencontrées, ou avec une intensité moindre, dans les autres procédures administratives. C'est pourquoi cette contribution est axée sur le traitement de quelques questions procédurales choisies, auxquelles sont ponctuellement confrontées les autorités et les parties demandesses lorsque la procédure devient contentieuse<sup>6</sup>. Avant de conclure, il est suggéré quelques bonnes pratiques.

Seuls les problèmes soulevés par le caviardage des documents, le respect du droit d'être entendu pour un grand nombre de personnes et la délimitation

---

1 Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, FF 2003 1807, 1811-1812.

---

2 Voir STOFFEL/VÖCHTING, II. A. 2.

---

3 TAF, A-2352/2017, 11 décembre 2019, consid. 4.2; ATF 142 II 340 consid 2.2.

---

4 TF, 1C\_692/2020, 9 décembre 2021, consid. 2.1.

---

5 Art. 19 al. 2 Cst.-FR (RSF 10.1); art. 28 al. 2 Cst.-GE (RSGE A 200); art. 18 Cst.-NE (RSN 101); art. 17 Cst.-VD (RSV 101.01); voir STOFFEL/VÖCHTING, II. A. 1.

---

6 ATF 100 Ia 97 consid. 3.

de la demande sont traités au regard de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD)<sup>7</sup>, puisque c'est son anniversaire, et de la Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-JUNE)<sup>8</sup>, votre serviteur étant quotidiennement chargé de veiller à sa bonne application<sup>9</sup>, avec parfois une référence aux autres législations romandes. Bien que les deux dénominations de ces textes de loi soient très différentes, leurs règles relatives à la transparence sont relativement semblables, malgré le fédéralisme. En particulier les principes généraux, tels que la qualité pour demander l'accès à un document officiel<sup>10</sup>, la notion de document officiel<sup>11</sup> ou les modalités d'accès aux documents officiels<sup>12</sup>. En revanche, tel n'est pas le cas pour d'autres dispositions, comme le champ d'application<sup>13</sup>, la procédure à suivre<sup>14</sup> ou l'étendue des exceptions opposables à l'accès<sup>15</sup>.

Par ailleurs, il est vrai que la LTrans<sup>16</sup> s'applique exclusivement à l'administration fédérale et, à certaines conditions, aux organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à celle-ci<sup>17</sup>. Quand bien même le principe de la hiérarchie des normes ne s'applique pas dans le cadre de la transparence des activités de l'État, faute d'attribution constitutionnelle de compétence à la Confédération<sup>18</sup>, le Tribunal fédéral a ratifié une pratique cantonale consistant à s'inspirer, lorsque la réglementation cantonale est comparable à la LTrans, de la jurisprudence et autres sources permettant d'interpréter cette dernière ; il en fait même usage<sup>19</sup>. Les dispositions cantonales romandes en

---

7 Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD ; RSGE A 2 08).

---

8 Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-JUNE ; RSN150.30 ; RSJU 170.41).

---

9 Art. 4 al.1 CPDT-JUNE.

---

10 Art. 24 al. 1 LIPAD ; art. 69 al.1 CPDT-JUNE.

---

11 Art. 25 al. 1 et 2 LIPAD ; art. 70 al. 1 et 2 CPDT-JUNE.

---

12 Art. 24 al. 2 LIPAD ; art. 71 al. 1 CPDT-JUNE.

---

13 Art. 3 LIPAD ; art. 2 CPDT-JUNE.

---

14 Art. 30 LIPAD ; art. 78 CPDT-JUNE.

---

15 Art. 25-26 LIPAD ; art. 69-72 CPDT-JUNE.

---

16 Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans ; RS152.3).

---

17 Art. 2 LTrans.

---

18 Art. 3 Cst. ; TF, 1C\_518/2013, 1<sup>er</sup> octobre 2014, consid. 3.1 ; message LTrans (n.03.013), FF 2003 1807, 1879 ; BERNHARD WALDMANN, Procédure d'accès aux documents officiels, in : Bernhard Waldmann / Florian Bergamin (édit.), 10 ans LInf Fribourg : La mise en œuvre du principe de la transparence dans le canton de Fribourg – quelques aspects choisis, Berne, 2021, p.177-221, N 4.

---

19 TF, 1C\_367/2020, 12 janvier 2021, consid. 3.4 ; RJN 2000, p.106 consid. 2.

matière de transparence connaissant également beaucoup de similitudes, il est aussi possible de s'inspirer des différentes jurisprudences cantonales. C'est pourquoi les développements ci-après font régulièrement référence à des explications relatives à ladite loi fédérale ou à d'autres lois cantonales romandes.

Cette contribution servira peut-être de réflexions aux législateurs cantonaux, sur d'éventuels changements ou précisions, mais également, voire avant tout, aux auteurs de documents officiels dans leur manière de les rédiger, afin d'épargner l'utilisation de ressources conséquentes pour trancher la question de l'accessibilité à un document.

## II. Caviardage des documents officiels et procédure administrative contentieuse

Avant de traiter spécifiquement les particularités procédurales inhérentes au caviardage des documents officiels, il est préalablement rappelé deux principes procéduraux pouvant *a priori* paraître antinomiques.

### A. Principe général du caviardage

En raison du principe de la proportionnalité<sup>20</sup>, repris expressément dans certaines règles cantonales en matière de transparence<sup>21</sup>, l'accès à un document officiel ne peut pas être simplement refusé lorsque le document exigé contient des informations non accessibles, selon le catalogue des exceptions<sup>22</sup> figurant dans les règles de la transparence. Dans ce cas, il convient plutôt – et autant que possible – de le restreindre, à savoir garantir un accès partiel aux informations du document, en particulier par l'anonymisation, le caviardage ou la publication partielle<sup>23</sup>.

Ce n'est que si ce caviardage nécessitait un travail si extraordinaire que le fonctionnement de l'autorité s'en trouverait quasiment paralysé<sup>24</sup> ou que le

---

20 Art. 5 al. 2 Cst.

21 Art. 25 LInf/FR (RSF 17.5); art. 27 LIPAD; art. 73 CPDT-JUNE; art. 17 LInfo/VD (RSV 170.21); art. 16 LIPDA/VS (RSVS 170.2).

22 Art. 26-28 LInf/FR; art. 25-26 LIPAD; art. 69-72 CPDT-JUNE; art. 16 LInfo/VD; art. 15 LIPDA/VS.

23 TF, 1C\_93/2021, 6 mai 2022, consid. 4.3; TAF, A-2564/2018, 5 août 2020, consid. 4.5.8; ATF 142 II 324 consid. 3.3; ATF 142 II 313 consid. 3.6; TAF, A-6475/2017, 6 août 2018, consid. 3.2.2; TAF, A-3367/2017, 3 avril 2018, consid. 3.4; arrêt de la 1<sup>ère</sup> Cour administrative fribourgeoise du 9 novembre 2020, 601 2019 96, consid. 2.3.

24 ATF 144 I 170 consid. 8.2, JdT 2019 I p. 50, 55; ATF 142 II 324 consid. 3.5, JdT 2017 I 13, 23.

document devenait illisible et que sa consultation n'aurait littéralement plus de sens, que l'ensemble du document pourrait être déclaré inaccessible<sup>25</sup>.

## B. Principe de l'égalité des armes en procédure administrative

Le droit à un procès équitable est garanti par les art. 29 al. 1 Cst.<sup>26</sup> et art. 6 par. 1 CEDH<sup>27</sup> qui s'appliquent évidemment aux procédures contentieuses de droit administratif<sup>28</sup>. Le principe d'égalité des armes, tel qu'il découle du droit à un procès équitable, exige un « juste équilibre entre les parties » : chacune doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires<sup>29</sup>. Cette égalité doit permettre d'assurer un débat contradictoire<sup>30</sup>.

Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens de l'art. 29 Cst., le droit d'être entendu garantit notamment au justiciable le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, d'avoir accès au dossier, de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, dans la mesure où il l'estime nécessaire, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre<sup>31</sup>. Il appartient aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au dossier contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part<sup>32</sup>. Au regard de l'art. 29 al. 2 Cst., il suffit que chaque intéressé puisse fournir ses explications ou présenter son point de vue par oral ou par écrit, en personne ou par l'intermédiaire d'un représentant<sup>33</sup>.

---

25 RFJ 2019 p. 173 ; TF, 2C\_677/2015, 31 mars 2016, consid. 4.2.

26 Constitution fédérale (Cst. ; RS 101).

27 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ; RS 0.101).

28 CourEDH, F.R. c. Suisse, 37292/97, 28 juin 2001, par. 41.

29 TF, 6B\_259/2016, 21 mars 2017, consid. 4.3.1 ; CourEDH, Timofeyev et Postupkin c. Russie, 19 janvier 2021, 58263/00, par. 99 ; CourEDH, Avotins c. Lettonie, 23 mai 2016, 17502/07, par. 119 ; CourEDH, Yvon c. France, 24 avril 2003, 44962/98, par. 31.

30 TF, 6B\_194/2009, 13 juillet 2009, consid. 2.1.

31 TF, 6B\_259/2016, 21 mars 2017, consid. 4.3.1 ; ATF 142 III 48 consid. 4.1.1 ; voir JOSÉPHINE BOILLAT / STÉPHANE WERLY, *Transparence passive – aspects pratiques / I. - II.*, in : *Le droit d'accès*, Sylvain Métille (édit.), CEDIDAC Nr. 108, Berne 2021, 207-226, p. 210.

32 TF, 6B\_259/2016, 21 mars 2017, consid. 4.3.1 ; ATF 139 I 189 consid. 3.2.

33 TF, 6B\_259/2016, 21 mars 2017, consid. 4.3.1 ; ATF 125 I 113 consid. 2a ; TF, 6B\_14/2012, 15 septembre 2012, consid. 3.3.

Enfin, si une autorité a, sans motif légitime, empêché les demandeurs d'avoir accès à des documents en sa possession qui les auraient aidés à défendre leur cause, ou qu'elle a mensongèrement nié l'existence de ces documents, cela s'analyserait en une privation d'un procès équitable, contraire à l'art. 6 par. 1 CEDH<sup>34</sup>. Autrement dit, reste à savoir si les contraintes liées à la procédure d'accès à un document officiel pourraient constituer un motif légitime au regard de cette jurisprudence.

La Suisse s'étant déjà fait condamner au moins trois fois par la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH)<sup>35</sup> pour violation du principe de l'égalité des armes<sup>36</sup>, il demeure dès lors légitime de mettre ce dernier en perspective avec ceux prévalant dans le cadre d'une procédure d'accès à un document officiel.

### C. Procédure comprenant un document officiel caviardé

Avant de traiter les principales particularités juridiques procédurales lorsque l'objet de la procédure est une demande d'accès à un document officiel caviardé, sont préalablement présentées les caractéristiques générales de ce genre de procédure.

#### 1. Caractéristiques générales de la procédure

Régulièrement, des documents officiels<sup>37</sup> comprenant des données personnelles, des secrets d'affaire ou d'autres informations faisant l'objet du catalogue des exceptions<sup>38</sup> font l'objet d'une demande. Cette dernière doit faire l'objet d'une instruction<sup>39</sup>. Conformément au principe du caviardage, il appartient, soit aux auteurs de documents officiels, voire à l'entité destinataire de celui-ci dans certains cantons<sup>40</sup>, ou à l'entité les possédant<sup>41</sup> dans d'autres, d'offrir l'accès à un document écrémé des données entrant dans ledit catalogue. Cependant, le document peut parfois être déclaré totalement inaccessible si le

---

34 CourEDH, *McKinley et Egan c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, 10/1997/794/995-996, par. 86 et 90.

---

35 Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH).

---

36 CourEDH, *Rivera Vazquez et Calleja Delsordo c. Suisse*, 22 janvier 2019, 65048/13; CourEDH, *Locher et autres c. Suisse*, 30 juillet 2013, 7539/06; CourEDH, *F. R. c. Suisse*, 28 juin 2001, 37292/97.

---

37 Voir *BOILLAT/WERLY* (n. 31), p. 209 et 2016; *WALDMANN* (n. 18), N 4-8 et 13-17.

---

38 Art. 26-28 LInf/FR; art. 25-26 LIPAD; art. 69-72 CPDT-JUNE; art. 16 LInfo/VD; art. 15 LIPDA/VS.

---

39 *WALDMANN* (n. 18), N 9-12 et 18-28.

---

40 Art. 75 CPDT-JUNE; art. 49 LIPDA/VS.

---

41 Art. 23 LInf/FR; art. 24 et 28 LIPAD; art. 8 LInfo/VD.

caviardage le rend incompréhensible ou illisible et que, par conséquent, sa consultation n'a plus de sens<sup>42</sup>.

Dans tous les cas, étant donné qu'il n'est pas pleinement donné suite à la demande, la décision dans certains cantons<sup>43</sup>, la prise de position dans d'autres<sup>44</sup>, doit contenir l'indication que le ou la préposé-e cantonal-e peut être saisi-e<sup>45</sup>. Si un arrangement n'est pas trouvé entre les parties devant ce ou cette dernier-ère, une recommandation<sup>46</sup>, un procès-verbal<sup>47</sup> ou une décision<sup>48</sup> selon le canton concerné<sup>49</sup>, doit être rendu. Ensuite, la décision, rendue par la préposée vaudoise<sup>50</sup>, la commission de la protection des données et de la transparence des cantons du Jura et de Neuchâtel<sup>51</sup>, ou l'autorité saisie de la demande d'accès<sup>52</sup>, peut faire l'objet d'un recours au Tribunal cantonal<sup>53</sup>, puis au Tribunal fédéral<sup>54</sup>.

En plus de l'identification des informations devant être caviardées, s'ajoute la difficulté de devoir le faire rapidement<sup>55</sup>. Bien que la LIPAD, la LInf/FR et la CPDT-JUNE ne précisent pas de délai dans lequel l'entité doit prendre position, nul doute que ceux figurant dans d'autres lois<sup>56</sup> influenceront une détermination jurisprudentielle. Lorsque le document contient des informations relatives à l'environnement, le délai devrait être d'un mois maximum avec la possibilité de le prolonger d'un mois supplémentaire si le volume et la complexité des éléments d'information demandés le justifient, afin que la Convention d'Aarhus soit respectée<sup>57</sup>.

---

42 RFJ 2019 p. 173; TF, 2C\_677/2015, 31 mars 2016, consid. 4.2.

43 Art. 33a LInf/FR; art. 20 LInfo/VD; WALDMANN (n.18), N29-31.

44 Art. 28 al. 6 LIPAD; art. 37 CPDT-JUNE; art. 52 LIPDA/VS.

45 Art. 12 al. 2 OAD/FR (RSF 17.54); art. 28 LIPAD; art. 78 CPDT-JUNE; art. 20-21 LInfo/VD; art. 52 LIPDA/VS; BOILLAT/WERLY (n. 31), p. 220.

46 Art. 33 LInf/FR; art. 30 al. 5 LIPAD; art. 53 al. 3 LIPDA/VS; WALDMANN (n.18), N 61-64.

47 Art. 42 CPDT-JUNE.

48 Art. 21 al. 5 LInfo/VD.

49 BOILLAT/WERLY (n. 31), p. 225.

50 Art. 21 al. 5 LInfo/VD.

51 Art. 42 CPDT-JUNE.

52 Art. 33 al. 3 LInf/FR; art. 30 al. 5 LIPAD; art. 54 al. 2 LIPDA/VS.

53 Art. 34 LInf/FR; art. 60 LIPAD; art. 43 CPDT-JUNE; art. 21 LInfo/VD; art. 56 LIPDA/VS.

54 Voir aussi pour FR, STOFFEL/VÖCHTING, II. A. 3.

55 Art. 13 OAD/FR; art. 28 LIPAD; art. 76 CPDT-JUNE; art. 12 LInfo/VD; art. 50 LIPDA/VS; ALEXANDRE FLÜCKIGER, La transparence des administrations fédérales et cantonales à l'épreuve de la Convention d'Aarhus sur le droit d'accès à l'information environnementale. Le droit de l'environnement dans la pratique, Genève, 2009, vol. 53, n° 7, p. 763.

56 Art. 12 LTrans (20 jours); art. 12 LInfo/VD (15 jours); art. 50 al. 1 LIPDA/VS (10 jours).

57 Art. 4.2 Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus; RS O.814.07); ALEXANDRE FLÜCKIGER (n. 55), p. 763.

## 2. Caractéristiques de la procédure propre au caviardage

À partir de là, les entités compétentes saisies d'une demande d'accès<sup>58</sup> sont confrontées à une particularité procédurale peu, pour ne pas dire pas, rencontrée dans d'autres procédures administratives. Autrement dit, elles doivent trancher la question du bienfondé du caviardage et motiver leur choix sans dévoiler d'éléments inaccessibles. Quant aux parties demandresses, elles sont censées pouvoir argumenter que l'information – qu'elles ne connaissent pas ! – n'entre pas dans le catalogue des exceptions<sup>59</sup>. En pratique, elles se contentent régulièrement de soutenir que le caviardage est disproportionné et que le principe de la transparence est par conséquent violé. S'ajoute aussi habituellement un rappel des grands principes jurisprudentiels sur les limites à respecter pour appliquer ledit catalogue. Ces caractéristiques sont présentes à tous les stades de la procédure (autorités cantonales de protection des données, tribunaux cantonaux et Tribunal fédéral).

Caricaturé ainsi, le déroulement d'une telle procédure semble malmener le principe de l'égalité des armes. Demande-t-on aux voisins de s'opposer à un projet de construction dont ils ne connaissent pas l'auteur, ni les dimensions, ni quasi aucun autre détail ? Néanmoins, il ressort de la jurisprudence principalement deux exigences, développées ci-dessous, qui permettent d'améliorer la défense des parties demandant un document officiel. Il est toutefois difficilement concevable d'offrir un accès beaucoup plus étendu aux informations faisant l'objet du litige, car il suffirait alors d'ouvrir une procédure contentieuse pour obtenir les données souhaitées.

La première exigence impose à l'entité saisie d'une demande, qui décide de limiter ou refuser l'accès à des documents officiels, de supporter le fardeau de la preuve destiné à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels, instituée par les règles de la transparence. En d'autres termes, elle doit exposer pour quel motif et dans quelle mesure une ou plusieurs des exceptions légales<sup>60</sup> est ou sont réalisées<sup>61</sup>. À cet égard, une motivation sommaire n'est pas suffisante. L'entité jouissant d'un important pouvoir d'appréciation

---

58 Art. 33-34 LInf/FR; art. 30-60 LIPAD; art. 40-43 CPDT-JUNE; art. 21 LInfo/VD; art. 53 et 56 LIPDA/VS.

---

59 Art. 26-28 LInf/FR; art. 25-26 LIPAD; art. 69-72 CPDT-JUNE; art. 16 LInfo/VD; art. 15 LIPDA/VS.

---

60 Art. 26-28 LInf/FR; art. 25-26 LIPAD; art. 69-72 CPDT-JUNE; art. 16 LInfo/VD; art. 15 LIPDA/VS.

---

61 TF, 1C\_59/2020, 20 novembre 2020, consid. 4.1; TAF, A-2352/2017, 11 décembre 2019, consid. 4.3; ATF 142 II 324 consid. 3.4; ATAF 2014/24 consid. 3; ATAF 2011/52 consid. 6; Message LTrans (n. 03.013), FF 2003 1807, 1844; PASCAL MAHON / OLIVIER GONIN, art. 6, in: Brunner/Mader (édit.), Öffentlichkeitsgesetz, Handkommentar, Berne, 2008, N 11.

dans l'application des exceptions prévues par la loi, les exigences de motivation en sont d'autant plus élevées. Les explications doivent être convaincantes, à savoir être précises et claires, complètes et cohérentes<sup>62</sup>. Le principe de la proportionnalité dicte également que l'entité explique pourquoi, le cas échéant, un accès restreint ne peut pas être autorisé<sup>63</sup>.

La deuxième exigence contraint, conformément à la jurisprudence en matière du droit d'être entendu et aux règles de procédure administrative cantonales<sup>64</sup>, l'entité saisie refusant partiellement ou totalement l'accès aux documents requis, de communiquer à la partie demanderesse un résumé du contenu essentiel de ces documents, si elle les utilise à son détriment. Une motivation sommaire n'est pas admissible. La décision doit indiquer clairement les motifs qui ont conduit l'autorité à considérer que tel ou tel document ne pouvait pas être consulté ou seulement partiellement<sup>65</sup>.

Le rigoureux respect de ces deux contraintes devrait, *a priori*, permettre de répondre aux conditions formelles posées par la jurisprudence pour le respect du principe de l'égalité des armes. En d'autres termes, le principe du caviardage présent dans les procédures d'accès aux documents officiels semble compatible avec celui de l'égalité des armes. Toutefois, en pratique, se pose la question de l'étendue et du degré de précision du résumé, ainsi que de la motivation pour la justification des restrictions.

Nul doute que les entités confrontées à l'application simultanée de ces deux principes seront grandement tentées d'invoquer que le respect de ces derniers exige un travail manifestement disproportionné<sup>66</sup>. Cependant, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que la disproportion n'est prise en compte que si le caviardage nécessite un travail si extraordinaire que le fonctionnement de l'autorité s'en trouverait quasiment paralysé<sup>67</sup>. Autrement dit, lorsque l'entité sollicitée n'est pas en mesure, avec le personnel et l'infrastructure dont elle dispose ordinairement, de traiter la demande dans les délais fixés sans négliger gravement l'accomplissement de ses autres tâches<sup>68</sup>. Il est

---

62 TAF, A-2352/2017, 11 décembre 2019, consid. 4.3; TAF, A-6/2015, 26 juillet 2017, consid. 4.1.

63 TAF, A-2352/2017, 11 décembre 2019, consid. 4.3; ATF 142 II 324 consid. 3.6; ISABELLE HÄNER, art. 15, in : Brunner/Mader (édit.), Öffentlichkeitsgesetz, Handkommentar, Berne, 2008, N8.

64 Art. 65 CPJA/FR (RS150.1); art. 45 al. 3 LPA/GE (RSGE E 5 10); art. 81 CPA/JU (RSJU 175.1); art. 24 LPJA/NE (RSN152.30); art. 36 al. 3 LPA/VD (RSV 173.36); art. 26 al. 3 LPJA/VS (RSVS 172.6).

65 TAF, A-2352/2017, 11 décembre 2019, consid. 6.2.

66 Art. 26 al. 2 let. b LInf/FR; art. 26 al. 5 LIPAD; art. 72 al. 4 CPDT-JUNE; art. 16 al. 2 let. c LInfo/VD; art. 13 al. 2 LIPDA/VS; voir STOFFEL/VÖCHTING, II. A. 3.

67 ATF 144 I 170 consid. 8.2, JdT 2019 I p. 50, 55; ATF 142 II 324 consid. 3.5, JdT 2017 I 13, 23.

68 Arrêt de la 1<sup>ère</sup> Cour administrative fribourgeoise du 29 avril 2021, 601 2020 183.

dès lors douteux que cette exception soit souvent prise en compte. À part dans le cas d'une demande concernant de volumineux documents officiels ou si l'administration de l'autorité sollicitée se limite à un nombre très restreint d'employés, il est peu probable qu'un refus d'accès fondé sur un travail excessif puisse être admis. Par exemple, le travail engendré par l'examen de 2500 inscriptions dans l'agenda Outlook du chef de l'armement suisse<sup>69</sup> ou du rapport de 950 pages sur l'usure du réacteur de Beznau<sup>70</sup>, n'a pas été jugé suffisant pour en refuser l'accès.

Par conséquent, faute de pouvoir régulièrement se reposer sur l'exception du travail manifestement disproportionné, le contenu du résumé et le choix des arguments pour justifier les caviardages restent des questions récurrentes dont les problématiques procédurales qu'elles soulèvent sont un peu différentes selon que les informations caviardées touchent des intérêts publics ou privés. Entre la jurisprudence, la théorie et les cas d'espèce, il existe parfois un véritable fossé, comme l'illustrent les deux cas de figure développés ci-après, particulièrement le deuxième.

#### a. Caviardage d'informations touchant des intérêts publics

Le catalogue d'exceptions à la transparence des activités de l'État comprend notamment les informations pouvant mettre en danger la sûreté de l'État ou la sécurité publique, compromettre la politique extérieure de l'autorité, entraver l'exécution de mesures concrètes d'une entité, affaiblir la position de négociation d'une entité ou influencer le processus décisionnel d'une entité<sup>71</sup>. Comment savoir si l'une de ces exceptions est réalisée ou non ? Ce sujet n'est pas traité ici, mais dans d'autres contributions, car il s'agit surtout d'une question de fond et non pas de procédure<sup>72</sup>.

En pratique, lorsqu'un document officiel est demandé, comprenant ce genre d'informations, les entités ont tendance, comme premier réflexe, à refuser totalement l'accès. Cette attitude s'explique sans doute parce qu'il n'est pas facile de déterminer l'étendue des données inaccessibles, mais aussi parce que, souvent, la divulgation de l'existence même du document pourrait toucher l'intérêt public.

Cette dernière éventualité est envisageable, mais n'est admise que très restrictivement. Par exemple, il a été demandé à l'Office fédéral de la police (Fedpol) le contrat passé avec la société israélienne NS Group pour l'utilisation

---

69 ATF 142 II 324 consid. 3.5, JdT 2017 I p.13, 23.

70 TAF, A-1432/2016, 5 avril 2017.

71 Art. 26-28 LInf/FR; art. 25-26 LIPAD; art. 69-72 CPDT-JUNE; art. 16 LInfo/VD; art. 15 LIPDA/VS.

72 Voir à ce sujet, STOFFEL/VÖCHTING, III.

de tout logiciel développé par cette firme ; cette autorité a refusé d'indiquer s'il existait ou non un tel contrat. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PF PDT)<sup>73</sup> n'a pas admis une telle argumentation et a recommandé à Fedpol de renseigner le demandeur sur l'existence ou l'inexistence d'un éventuel contrat conclu avec la firme en cause, et si un tel contrat devait exister, d'y accorder l'accès. Une décision du Tribunal administratif fédéral (TAF) est attendue puisque Fedpol a recouru<sup>74</sup>.

Dans le même sens, à la suite d'une demande d'accès à la réglementation et au budget relatifs aux informateurs privés des polices romandes, certaines ont spontanément nié l'existence d'une telle pratique. Dans un deuxième temps, l'accès a été totalement refusé. Finalement la Commission de protection des données et de la transparence des cantons de Neuchâtel et du Jura<sup>75</sup> ainsi que la justice fribourgeoise<sup>76</sup> ont accordé l'accès aux réglementations en la matière. Il est vrai que la justice genevoise l'a refusé, mais dans ce canton, le législateur a expressément voulu exclure l'accessibilité à ce genre d'information<sup>77</sup>.

Puisque seuls des intérêts publics sont en jeu, les parties à la procédure sont, en principe, limitées à l'entité sollicitée et à la partie demanderesse. Par conséquent, la bonne pratique voudrait que les entités admettent rapidement l'accès aux documents en adressant une version caviardée à la partie demanderesse, accompagnée d'une motivation justifiant l'inaccessibilité de certaines informations, voire d'un résumé si le caviardage rend incompréhensible la lecture du document<sup>78</sup>. Si la partie demanderesse conteste cette détermination, l'objet du litige sera ainsi concentré sur l'étendue et le bien-fondé du caviardage.

Comment soutenir que l'accès à une information entraverait, par exemple, l'exécution de mesures concrètes ou affaiblirait la position de négociation de l'entité, en justifiant suffisamment la restriction de la transparence mais sans dévoiler le contenu des données cachées ? Comment déterminer l'étendue ou le degré de précision adéquats du résumé ? Autrement dit, comment faire pour éviter que la partie demanderesse ne soit pas lésée dans sa défense contre le refus d'accès au document qu'elle demande ?

---

73 LIVIO DI TRIA / KASTRIOT LUBISHTANI, Logiciel Pegasus : Fedpol doit communiquer sur l'(in)existence d'un contrat avec NSO Group, 28 février 2022 in : <https://perma.cc/8VZB-5XXX>.

---

74 Recommandation du PF PDT, X. c. l'Office fédéral de la police (Fedpol) du 25 janvier 2022.

---

75 Décisions de la Commission de protection des données et de la transparence des cantons de Neuchâtel et Jura 2017.03 et 2017.04 du 12 décembre 2017, <https://perma.cc/3E27-52RB>.

---

76 Arrêt de la 1<sup>ère</sup> Cour administrative fribourgeoise du 24 mai 2018, 601 2018 27.

---

77 Arrêt de la Chambre administrative genevoise du 28 mai 2019, ATA/949/2019, consid. 5a.

---

78 Voir II.A et II.C.1.

Cette contribution n'a pas la prétention de répondre à ces questions, et laisse malheureusement ses lecteurs dans le désarroi, mais elle veut simplement mettre en lumière les conséquences des décisions, lorsque ces modalités ne sont pas effectuées à la convenance des autorités judiciaires.

Le fardeau de la preuve de la réalisation d'une exception reposant sur l'entité sollicitée<sup>79</sup>, il lui appartient de suffisamment argumenter, faute de quoi l'exception ne sera pas admise par les autorités judiciaires<sup>80</sup>. Quand bien même la procédure administrative est soumise au principe inquisitoire<sup>81</sup> et à celui du plein pouvoir d'examen<sup>82</sup>, il n'appartient pas à l'autorité de recours de parer à l'absence totale ou partielle d'argumentation suffisante justifiant le caviardage. En revanche, la jurisprudence admet que la motivation insuffisante donnée lors de la première prise de position sur la demande d'accès à un document officiel, peut évoluer, être complétée, devant les autorités de recours bénéficiant du plein pouvoir d'examen<sup>83</sup>. Plus concrètement, cela signifie que l'argumentation d'un refus total ou partiel des entités saisies peut se développer jusque devant le Tribunal cantonal, puisque le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral sur l'application du droit cantonal est limité à l'arbitraire. Excepté pour les autorités neuchâteloises et jurassiennes qui peuvent apporter de nouveaux arguments jusque devant les juges fédéraux, mais avec des exigences de motivation accrues, car les règles de la transparence de ces deux cantons figurent dans une convention intercantonale<sup>84</sup>.

En résumé, les autorités devant justifier un caviardage bénéficient d'une certaine souplesse puisque leur argumentation peut être développée, complétée, au fil des différentes instances saisies.

Reste encore la question de l'évolution d'un résumé. Une autorité peut-elle augmenter la taille et le degré de précision du résumé proposé suite à un recours sur la décision de refus ? Un tel document devrait être qualifié de pièce

---

79 Voir II.C.2.

80 Voir notamment, TF, 1C\_533/2018, 26 juin 2019, consid. 2.6 ; TAF, A-3884/2017, 6 septembre 2018, consid. 5.3 ; TAF, A-6/2015, 26 juillet 2017, consid. 4.5.1.2 ; arrêt de la Cour administrative fribourgeoise, 7 décembre 2021, consid. 5.2 et 5.3 ; arrêt de la Cour administrative fribourgeoise, 8 octobre 2021, 601 2020 115 ; arrêt de la Cour administrative fribourgeoise, 9 novembre 2020, 601 2019 96, consid. 4.2.1 ; arrêt de la Cour administrative fribourgeoise, 24 mai 2018, 601 2018 27, consid. 2.2.

81 Art. 45 CPJA/FR (RS 150.1) ; art. 20 LPA/GE (RSGE E 5 10) ; art. 58 CPA/JU (RSJU 175.1) ; art. 14 LPJA/NE (RSN 152.30) ; art. 28 LPA/VD (RSV 173.36) ; art. 17 LPJA/VS (RSVS 172.6) ; TF, 1C\_454/2017, 16 mai 2018, consid. 4.1.

82 Art. 63 CPJA/FR (RS 150.1) ; art. 69 LPA/GE (RSGE E 5 10) ; art. 156 CPA/JU (RSJU 175.1) ; art. 43 LPJA/NE (RSN 152.30) ; art. 63 al. 1 LPA/VD (RSV 173.36) ; art. 61 LPJA/VS (RSVS 172.6).

83 TAF, A-2352/2017, 11 décembre 2019, consid. 6.3.

84 TF, 1C\_472/2017, 29 mai 2018, consid. 2.1.

du dossier et une version complétée ou modifiée du résumé devrait en constituer une nouvelle. Par conséquent, dans la mesure où celle-ci est transmise à la partie demanderesse et qu'il lui est offert la possibilité de prendre position sur son contenu avant qu'une décision soit rendue, il peut être répondu par l'affirmative à la question<sup>85</sup>.

b. Caviardage d'informations touchant des intérêts privés

En plus des particularités évoquées pour les procédures relatives aux documents caviardant des informations touchant des intérêts publics<sup>86</sup>, s'y ajoutent d'autres particularités, lorsque des intérêts privés sont touchés, qui figurent dans le catalogue d'exceptions, telles que la protection des données personnelles, ainsi que des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires<sup>87</sup>. Ces intérêts peuvent non seulement être invoqués par les personnes atteintes, mais également par les entités sollicitées<sup>88</sup>.

La première particularité est, quand bien même les informations sont caviardées ou le document résumé, que des personnes concernées peuvent potentiellement être atteintes dans leur personnalité. Par exemple, lorsqu'un rapport d'audit vise une petite structure, non seulement les dirigeants sont plus ou moins facilement reconnaissables, mais les critiques mentionnées sont également difficilement dissociables de ceux-ci.

Le respect du droit d'être entendu imposant d'offrir aux personnes concernées la possibilité de s'opposer à l'accès au document demandé<sup>89</sup>, il s'avère que celles-ci en font régulièrement usage, notamment dans le cadre de l'exemple précité. En pareil cas, en plus de la question de l'étendue du caviardage<sup>90</sup>, s'ajoute celle du respect de l'anonymat des personnes mentionnées dans le rapport. Même si, souvent, tout le monde connaît le nom des dirigeants faisant l'objet de l'audit<sup>91</sup>, il n'est pas rare que cela ne soit pas le cas. Il faut alors que le déroulement de la procédure devant les différentes autorités assure que la partie demanderesse n'obtienne pas le nom des personnes visées par le rapport en cause, simplement en agissant auprès des autorités compétentes pour traiter la demande d'accès. Cependant, le devoir de transparence conduit parfois à la levée de l'anonymat. Par exemple, des tribunaux ont jugé que,

---

85 TF, 9C\_751/2018, 16 avril 2019, consid. 2.2; ATF 124 II 132 consid. 2b et c.

86 Voir II.C.2.a.

87 Art. 27-28 LInf/FR; art. 26 LIPAD; art. 72 CPDT-JUNE; art. 16 LInfo/VD; art. 15 LIPDA/VS.

88 Arrêt de la Cour de droit public neuchâteloise du 28 janvier 20216, CDP.2014.23, consid. 4.

89 Art. 29 al. 2 Cst.; art. 32 LInf/FR; art. 28 al. 4 LIPAD; art. 30 CPDT-JUNE; art. 16 al. 4 LInfo/VD; art. 51 LIPDA/VS.

90 Voir II.C.2.a.

91 Voir par exemple: TF, 1C\_472/2017, 29 mai 2018, consid. 3.2.

lorsque le caviardage rend le document illisible, le droit des citoyens à l'information concernant le mode de fonctionnement de l'État au sens large prime l'intérêt privé des fonctionnaires concernés par un audit et opposés à sa publication<sup>92</sup>.

Tous les cantons romands connaissant la médiation/conciliation préalable à toutes autres démarches, savent que mettre sur pied une telle séance relève de la prouesse quand l'un des protagonistes souhaite l'anonymat. Le problème est réglé lorsqu'ils ont un mandataire, mais quand ce n'est pas le cas, les autorités de protection des données et de transparence doivent faire preuve d'une certaine souplesse et inventivité, pouvant varier d'un dossier à l'autre, notamment en raison du nombre de personnes reconnaissables, mais désirant garder l'anonymat. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs eu l'occasion d'admettre cette relative marge de manœuvre. Selon lui, il n'est pas évident qu'un préposé, ne jouissant pas d'un pouvoir de décision, doive respecter le droit d'être entendu<sup>93</sup>. Concrètement, il peut être mis sur pied des séances de conciliation séparées pour les différentes parties, ou proposé de les effectuer par voie de circulation. La démocratisation des applications de visioconférence va sans doute augmenter la palette de solutions à disposition. Cependant, faute de base légale, il n'est pas possible d'imposer un mandataire. Au mieux, cette idée peut être suggérée, encouragée.

Quant aux greffes des tribunaux, puisqu'ils ne sont pas forcément rompus à ce genre d'exercice, faute d'être très présents dans d'autres procédures administratives, il appartient aux autorités de protection des données et de transparence de les sensibiliser lorsque la problématique se présente. La gestion des dossiers étant souvent partiellement automatisée et ne prenant pas en compte cette particularité procédurale, le contrôle de l'absence du nom d'une partie, parmi tous les documents en cause, peut être fastidieux.

L'anonymat des personnes reconnaissables provoque aussi des difficultés pour que les trois parties<sup>94</sup>, au minimum, puissent convenir d'un caviardage. Sans compter que plus il y a de personnes concernées, plus le problème augmente, puisque les passages concernant l'une des personnes reconnaissables doivent être caviardés aux yeux des autres. Inutile de dire que cette problématique n'est pas ingérable, mais son traitement est assurément grandement

---

92 SJ 2005 I 130, p. 135; CHRISTIAN FLUECKIGER, Regards sur le match entre les principes de la protection des données et ceux de la transparence, ainsi que sur l'attribution d'un carton rouge, in: *L'activité et l'espace, Droit du sport et aménagement du territoire*, Pascal Mahon et Minh Son Nguyen (édit.), Neuchâtel 2011, 247-262, p. 258; arrêt de la Cour administrative fribourgeoise, 28 novembre 2018, 601 2018 267.

93 TF, 1C\_472/2017, 29 mai 2018, consid. 1.4.

94 Autorité, partie demanderesse et personne concernée.

harassant pour l'ensemble des instances saisies. Il appartient à l'autorité de décision de proposer, puis à celles de recours de vérifier et modifier, cas échéant, l'étendue du caviardage. Durant les séances de médiation/conciliation, il est difficile d'obtenir un consensus entre les parties, puisqu'elles ne connaissent évidemment pas les données caviardées. Une rare solution possible est que le préposé propose un ajout ou une suppression de caviardage à la partie concernée, puis obtienne l'approbation de la partie demanderesse fondée sur la confiance qu'elle accorde à l'autorité de protection des données et de transparence. Mais en l'absence de ce crédit, il appartient aux autorités saisies par la suite de définir le caviardage adéquat.

Relevons que d'ordinaire, les parties reconnaissables craignent surtout d'être reconnues par les médias qui sont souvent à l'origine des demandes. Dans ce cas, quand bien même le nom des parties serait connu, faudrait-il encore qu'il soit publiable au regard du code de déontologie du Conseil suisse de la presse<sup>95</sup>. En principe, les journalistes doivent respecter la vie privée des personnes, pour autant que l'intérêt public n'exige pas le contraire. Toutefois, cette notion étant indéterminée et sujette à interprétation, il est difficile pour une personne reconnaissable d'avoir la garantie qu'elle bénéficiera de l'anonymat. D'autant plus que d'un média à l'autre, l'application de cette règle varie sensiblement. Cette règle professionnelle aurait pu faciliter les contraintes liées à l'anonymat des personnes concernées, puisque ces dernières pourraient y renoncer dans le cadre de la procédure si elles avaient la garantie de le rester dans les médias. Celle-ci n'étant pas systématiquement assurée, elle n'intervient qu'au cas par cas.

S'ajoute encore un problème récurrent en matière d'audit : les différentes personnes concernées n'ont pas encore pu prendre connaissance du document demandé et, parfois même, c'est la demande d'accès qui les informe de l'existence du rapport. Faute d'en avoir déjà pris connaissance, elles s'opposent à l'accès. Ainsi, elles finissent par accéder aux informations écrites sur elles. Ce cas de figure est moins un problème lié à la procédure relative à la transparence, qu'une étonnante manière de faire des autorités administratives.

Le refus de la consultation du dossier dans l'intérêt d'une enquête administrative officielle en cours, prévu dans les codes de procédure administrative<sup>96</sup>, n'est plus opposable sitôt que celle-ci est terminée.

En pareil cas, la procédure d'accès à un document officiel est prise en otage pour contester les rapports d'audit et diriger les débats là où ils ne devraient pas

---

95 Voir <https://perma.cc/X8NV-V8NL>.

96 Art. 64 CPJA/FR (RS 150.1); art. 45 LPA/GE (RSGE E 5 10); art. 80 al. 1 let. b CPA/JU (RSJU 175.1); art. 23 al. 1 let. c LPJA/NE (RSN 152.30); art. 36 LPA/VD (RSV 173.36); art. 27 LPJA/VS (RSVS 172.6).

l'être ; les parties profitent d'une procédure gratuite et des séances de médiation/conciliation prévues pour avoir des discussions qui auraient dû avoir lieu dans un autre cadre. En d'autres termes, les personnes concernées par un tel rapport ont, de manière générale, la fâcheuse tendance à profiter d'utiliser ladite procédure pour alléguer et invoquer des reproches à l'encontre du contenu même du rapport. Le débat ne porte dès lors pas sur le caractère public ou non de l'information, mais sur la véracité de celle-ci, voire de son bien-fondé. Or, comme l'a relevé le Tribunal fédéral, les demandes de rectification d'éventuelles inexactitudes d'un document, faisant l'objet de dispositions distinctes, ne peuvent pas être discutées dans le cadre d'une contestation de l'accès à un document officiel<sup>97</sup>.

Enfin, il faut éviter le fameux cas « d'école » de cette Genevoise, qui, ayant obtenu de la CourEDH l'effacement de la mention « prostituée » dans une fiche établie par la police, voit finalement l'arrêt publié avec son nom en libre accès sur Internet<sup>98</sup>. Ce paradoxe s'explique sûrement parce qu'il n'a pas été demandé l'anonymisation de l'arrêt dans le délai prévu par les règles de procédure de la Cour.

### **III. Respect du droit d'être entendu lorsqu'il concerne un grand nombre de personnes**

La problématique du nombre de personnes concernées n'est pas propre à la procédure d'accès à un document officiel. On la rencontre aussi notamment dans le cadre des procédures en matière de construction, d'aménagement du territoire, d'environnement, de marché public. Toutefois, elles ne connaissent pas toutes les séances de conciliation, ni l'anonymat des personnes concernées. Comme évoqué plus haut, les documents envoyés devraient être anonymisés de tous les passages ne concernant pas le destinataire<sup>99</sup>. Si cette condition exige déjà un travail conséquent, la mise sur pied d'une médiation/conciliation avec des centaines de personnes effraie encore plus.

Selon le Tribunal fédéral, la consultation de 40 entreprises est disproportionnée, pour autant que la divulgation des données personnelles demandées ne paraisse pas à même de porter atteinte à la sphère privée des personnes concernées<sup>100</sup>. Le PFPDT a déjà eu l'occasion de relever que la consultation de

---

97 TF, 1C\_472/2017, 29 mai 2018, consid. 3.3.

98 CourEDH, Kheilili c. Suisse, 18 octobre 2011, 16188/07.

99 Voir II.C.2.b.

100 TF, 1C\_50/2015, 2 décembre 2015, consid. 6.2.

300 médecins l'était aussi, sous réserve des mêmes conditions<sup>101</sup>. Dans un autre cas, un journaliste avait demandé à l'Office fédéral de l'agriculture d'accéder à l'ensemble des données individuelles d'environ 50 000 agriculteurs relatives aux paiements directs et aux contributions écologiques. Dans sa recommandation, le PFPDT est parvenu à la conclusion qu'il existait certes un intérêt public prépondérant à la communication des contributions aux paiements directs, du moins pour le montant total, mais qu'en raison du risque d'atteinte à la personnalité dans certains cas particuliers, une séance devait être organisée pour les personnes concernées. Il a néanmoins jugé que la location de la PostFinance Arena pour environ 50 000 bénéficiaires de subventions était disproportionnée<sup>102</sup>.

Bien qu'il soit prévu que les entités sollicitées traitent rapidement les demandes<sup>103</sup>, cela n'empêche pas de prendre le temps de respecter le droit d'être entendu et les délais de procédure correspondants. La notion légale de rapidité n'est pas synonyme de vitesse suffisante pour offrir un scoop aux médias, mais demande aux entités sollicitées d'agir sitôt qu'elles sont en mesure de le faire.

## IV. Délimitation de l'objet de la demande d'accès

D'ordinaire une procédure administrative est relativement bien cadrée. Elle repose sur une décision fondée sur des pièces, le tout formant un dossier, qui détermine l'objet de la contestation. Quant à l'objet du litige dans la procédure de recours, il s'agit du rapport juridique qui – dans le cadre de l'objet de la contestation déterminé par la décision – constitue, d'après les conclusions du recours, l'aspect de la décision effectivement attaqué<sup>104</sup>. En principe, le contenu d'un dossier se limite à toutes les pièces jugées nécessaires par l'administration pour appuyer la motivation de la décision, ainsi que celles déposées, ou demandées, par les destinataires de la décision et qui n'ont pas été écartées par les autorités administratives ou judiciaires.

Une demande de permis de construire, de prestations sociales ou d'une autorisation quelconque, une déclaration d'impôts, un licenciement d'une

---

101 Recommandation du PFPDT, X. contre l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) du 20 juin 2016, N 42.

---

102 Recommandation du PFPDT, X. contre l'Office fédéral de l'agriculture (OFAG) du 17 juin 2015.

---

103 Art. 32 LInf/FR; art. 28 al. 2 LIPAD; art. 76 CPDT; JUNE; art. 12 LInfo/VD; art. 50 LIPDA/VS.

---

104 TF, 1C\_619/2021, 21 avril 2021, consid. 2.1.

personne travaillant dans l'administration sont généralement fondés sur un ou plusieurs documents usuels. Parfois, dans le cadre d'un recours, il peut être demandé à l'administration des preuves plus inhabituelles. En revanche, dans le cadre d'une demande d'accès à un document officiel, la constitution du dossier qui fondera la décision est beaucoup moins évidente à établir, puisque toute personne a le droit, sans devoir justifier d'un intérêt particulier, de demander n'importe quel document officiel susceptible de l'intéresser. Charge ensuite à l'administration de se prononcer sur l'accessibilité ou non.

Non seulement le spectre des documents possiblement publics et accessibles est gigantesque, mais encore les personnes intéressées ne connaissent pas forcément leur dénomination exacte. Souvent, on cherche un type d'informations, sans trop connaître sous quelles formes elles se trouvent dans l'administration. Il peut même s'agir de données brutes dispersées dans les systèmes d'informations et nécessitant une consolidation sur un support transmissible.

En Romandie, seule la LInf/FR<sup>105</sup>, comme l'OTrans fédérale<sup>106</sup>, contient expressément un devoir d'aider la partie demanderesse à identifier le document officiel recherché, précisé dans la jurisprudence<sup>107</sup>.

Selon la *maxime d'office*, il appartient aux autorités de déterminer l'objet de la procédure et d'y mettre fin par une décision. Exception faite de l'obligation de collaboration des parties, l'autorité doit agir d'office<sup>108</sup>. Toutefois, une demande d'accès à un document officiel étant déclenchée par une requête de la partie demanderesse afin d'obtenir une prestation, la procédure est régie par la *maxime de disposition*. La demanderesse possède ainsi la maîtrise de la procédure<sup>109</sup>. Il n'est donc pas possible de fonder sur cette maxime un devoir d'aide à l'identification des documents.

En revanche, les procédures administratives non contentieuses sont, en principe, régies par la *maxime inquisitoire* pour la détermination de l'état de fait. L'autorité dirige la procédure, détermine les faits pertinents et ordonne les preuves nécessaires à l'établissement d'un état de fait à la fois juste et complet. Cette maxime est relativisée par la faculté des parties de participer à l'établissement des faits, déduite notamment de leur droit d'être entendu<sup>110</sup>.

---

105 Art. 32 loi sur l'information et l'accès aux documents (LInf; RSF 17.5).

106 Art. 3 ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (OTrans, RS 152.31).

107 Arrêt de la Cour administrative fribourgeoise, 29 avril 2021, 601 2020 183; ATF 142 II 324 consid. 3.5.

108 TAF, E-4329/2006, 17 octobre 2011, consid. 2.5; PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, Droit administratif, 2<sup>ème</sup> éd., Neuchâtel, 2013, N1213.

109 TAF, C-6574/2013, 4 décembre 2014, consid. 8; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève, 2011, N 1523; ZEN-RUFFINEN (n. 108), N 1214.

110 TF, 2C\_787/2016, 18 janvier 2017, consid. 3.1; ZEN-RUFFINEN (n. 108), N 1219.

Cette maxime est principalement concrétisée dans les règles cantonales sur la procédure administrative<sup>111</sup>.

Est-il possible de tirer de cette maxime un devoir d'aide similaire à celui contenu expressément dans le droit fribourgeois et fédéral? Le Tribunal cantonal fribourgeois a même déduit de ce devoir, non seulement l'obligation d'établir une liste des documents existants, ou un extrait du système de gestion des documents, mais également celle de s'organiser par anticipation afin de pouvoir répondre à des demandes d'accès fondées sur la transparence<sup>112</sup>. Autrement dit, cette maxime impose-t-elle à l'entité sollicitée de renseigner les personnes intéressées sur les documents accessibles et les assister dans l'identification du document recherché? Même si la partie demanderesse doit, dans la mesure du possible, fournir les indications permettant l'identification du document recherché, telles que le titre du document, sa date, ses auteurs, une référence ou, à défaut, une période déterminée ou encore le domaine visé? Même si elle peut en outre être aussi invitée à fournir des indications complémentaires sur le document officiel recherché<sup>113</sup>?

En parallèle, le principe de l'économie de procédure commande à l'autorité de mener la procédure de la manière la plus raisonnable possible, en évitant des pertes de temps inutiles, des actes sans portée réelle, ou en facilitant le cheminement ordonné des opérations<sup>114</sup>.

En raison de l'écart de connaissance entre les administrés et l'administration<sup>115</sup>, l'interprétation de la maxime inquisitoire, cumulée avec le principe de l'économie de procédure, devrait conduire à imposer aux autorités genevoises, vaudoises, valaisannes, neuchâteloises et jurassiennes un devoir d'aide à l'identification des documents souhaités, similaire à celui figurant dans le droit fribourgeois et fédéral. L'établissement d'une liste paraît également exigible, puisqu'elle devrait conduire à une sensible réduction des ressources nécessaires pour traiter efficacement une demande d'accès à un document officiel.

---

111 Art. 45 CPJA/FR (RS150.1); art. 20 LPA/GE (RSGE E 5 10); art. 58 CPA/JU (RSJU 175.1); art. 14 LPJA/NE (RSN 152.30); art. 28 LPA/VD (RSV 173.36); art. 17 LPJA/VS (RSVS 172.6).

112 Arrêt de la Cour administrative fribourgeoise, 29 avril 2021, 601 2020 183; MARTINE STOFFEL / YANN VÖCHTING, Devoir d'assistance et d'organisation de l'organe public lors d'une demande d'accès à des documents officiels, 12 novembre 2021 in : <https://perma.cc/5W8W-M3TD>.

113 Art. 9 ordonnance sur l'accès aux documents (OAD; RSF 17.54).

114 TAF, A-108/2020, 25 juin 2021, consid. 4.2.

115 Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet, Droit administratif, Berne, 2012, p. 964.

## V. Bonnes pratiques encouragées

Afin d'éviter la dépense inutile de ressources par les autorités d'une part, et une longue attente et une grosse dépense d'énergie pour les parties demanderesse d'autre part, il est vivement encouragé de tendre vers les bonnes pratiques, afin que les particularités procédurales évoquées encrassent un minimum les procédures de demandes d'accès à des documents officiels.

De manière générale, la gouvernance des documents officiels devrait être basée sur le principe qu'ils peuvent faire l'objet d'une demande d'accès.

Pour commencer, lorsque la désignation des documents demandés est imprécise, qu'elle concerne un gros volume de documents ou que les démarches pour respecter le droit d'être entendu paraissent conséquentes, l'entité sollicitée ne devrait pas hésiter à contacter la partie demanderesse pour délimiter l'objet de la demande. Il est fréquent que les difficultés procédurales soient dues à une instruction insuffisante de la demande d'accès (absence de caviardage, objet de la demande insuffisamment identifié, etc.).

Une fois que les documents sont précisément connus, un processus de caviardage et du respect du droit d'être entendu bien défini doit être utilisé, même s'il peut *a priori* paraître rebutant. Ce processus devrait épargner beaucoup de temps à rédiger des actes juridiques durant la procédure contentieuse. Il peut, par exemple, prendre les formes suivantes :

1. Identifier et attribuer un numéro à chaque personne reconnaissable ou/et exceptions figurant dans le catalogue. (Par exemple : Mme A. = 1 ; M. B. = 2 ; Mme C. = 3 ; mise en danger de la sécurité = 4 ; secret d'affaire = 5).
2. Caviarder les passages en leur attribuant un numéro et en indiquant celui concerné selon la liste du ch. 1 (par exemple : 1/3 ; 2/4 ; 3/1 ; ...).
3. Établir une liste comprenant les justifications du caviardage. Pour ce faire, selon les cas, il est possible de motiver ces arguments en reprenant la numérotation du ch. 1 ou celle du ch. 2.
4. Si une ou plusieurs personnes restent reconnaissables, dont l'intérêt privé pourrait encore être atteint (par exemple le directeur du service audité), il faut leur offrir le droit d'être entendues<sup>116</sup>, mais uniquement sur les passages qui les concernent. En leur offrant ce droit, il est souhaitable de relever qu'en principe l'opposition doit porter sur l'étendue du caviardage et l'accès aux passages les concernant, mais pas sur l'ensemble du document.
5. Dès que les personnes reconnaissables ont proposé ou admis un caviardage à leur convenance, ou dès que ce dernier est terminé lorsqu'aucune donnée personnelle est en jeu, le document devrait, en principe, être

116 Proposition de modèle pour offrir le droit d'être entendu : <https://perma.cc/M5SN-LS5L>

remis, à la partie demanderesse, caviardé et en indiquant les voies de droit<sup>117</sup>, au lieu de refuser l'accès total au document tant que la procédure n'est pas terminée, comme on le rencontre (trop !) régulièrement en pratique. La procédure qui suit devrait alors ne porter que sur l'étendue et le bienfondé du caviardage.

Quand bien même les règles de la transparence ne prévoient pas l'établissement d'un document, les autorités saisies ont parfois avantage à en élaborer un, car c'est la solution la moins chronophage. Par exemple, un journaliste a requis d'un Office AI (OAI) soleurois de lui communiquer par écrit le nombre de cas dans lesquels deux médecins experts avaient retenu une incapacité de travail excédant 40 %, propre à ouvrir le droit à des prestations d'invalidité. L'OAI a répondu qu'il ne détenait pas un tel document, ni une telle statistique. Mal lui en a pris, car le Tribunal fédéral l'a condamné à fournir l'accès à une centaine de dossiers anonymisés, dans lesquels les deux médecins étaient intervenus, afin que la partie demanderesse puisse établir la statistique elle-même<sup>118</sup>.

Ensuite, il est conseillé d'inviter les auteurs de rapports à les rédiger en ayant à l'esprit que le document sera accessible. Il est notamment préconisé de séparer aussi clairement que possible les parties d'analyses de celles qui entrent dans le catalogue des exceptions<sup>119</sup>, afin d'éviter de devoir rédiger un résumé. Lorsque des passages contiennent des données personnelles, il est préférable de les réduire au strict minimum et de les regrouper, si possible en fin de document ou dans une annexe. Plus la forme des documents sera adaptée aux exigences des règles de la transparence, plus le risque de devoir rédiger un résumé, ou d'effectuer un caviardage conséquent, sera réduit.

Lorsque des procès-verbaux sont exclus de l'accès<sup>120</sup>, ils devraient figurer, de préférence également dans les annexes. Par exemple, la rédaction d'un rapport d'audit mélangeant les analyses et les reprises entre guillemets des entretiens devrait être évitée.

Enfin, si ces bonnes pratiques ne suffisent pas, les préposés à la transparence, présents dans tous les cantons, se tiennent à disposition pour répondre aux questions non traitées dans cette contribution.

---

117 Proposition de modèle pour refuser partiellement une demande d'accès : <https://perma.cc/T89T-N2TY>.

118 ATF 144 I 170, JdT 2019 I p. 50.

119 Art. 26-28 LInf/FR; art. 25-26 LIPAD; art. 69-72 CPDT; JUNE; art. 16 LInfo/VD; art. 15 LIPDA/VS.

120 Art. 29 LInf/FR; art. 69 al. 3 CPDT; JUNE; art. 15 al. 5 LIPDA/VS.

## VI. Conclusions

Les principes de procédure administrative sont-ils véritablement poussés dans les cordes par celui de la transparence ?

Il est vrai que les nouvelles problématiques procédurales, occasionnées depuis 20 ans par les règles de la transparence, peuvent paraître chronophages et pas forcément faciles à traiter, mais elles ne sont pas insurmontables, notamment grâce aux procédures de médiation<sup>121</sup>/conciliation<sup>122</sup> mises en place par les cantons. Cette étape a souvent le mérite de recadrer la procédure afin que son déroulement n'affronte pas d'obstacles infranchissables devant les autorités judiciaires.

Au regard des difficultés procédurales causées par une « jeune » réglementation innovante, sortie depuis peu de son « adolescence », la solution pour les réduire se trouve peut-être dans l'ajustement de quelques règles, mais plus sûrement dans une amélioration de la gouvernance de l'information par les auteurs de documents officiels, ainsi que de l'instruction des demandes. En d'autres termes, la mise en œuvre des bonnes pratiques proposées<sup>123</sup> devrait contribuer à accéder plus largement et rapidement aux documents officiels.

Pour l'heure, le volume des demandes d'accès, du moins celles qui deviennent litigieuses, est raisonnable. Mais s'il devait sensiblement augmenter, les problématiques procédurales pourraient freiner la vitesse de traitement des demandes, faute de ressources suffisantes à disposition. Une réflexion anticipée serait sûrement la bienvenue, avant que le devoir de traiter les demandes avec diligence soit mis en difficulté.

Malheureusement, face à la délicate détermination du caractère public ou non des informations, les autorités ont la fâcheuse tendance à commencer par refuser catégoriquement les demandes d'accès, sans même faire l'effort d'un quelconque caviardage. Elles espèrent ainsi se décharger de la responsabilité de la communication illicite de données personnelles ou de la violation du secret de fonction. Elles préfèrent être condamnées à offrir l'accès aux documents officiels par une autorité judiciaire que de prendre le risque de faire faux. En l'état actuel des règles de la transparence, il est difficile de lutter contre une telle attitude. Le législateur devrait peut-être exprimer plus clairement le degré de diligence souhaité pour répondre aux demandes d'accès et prévoir des conséquences propres à influencer le comportement précité ?

---

121 Art. 33 LInf/FR ; art. 30 LIPAD ; art. 53 LIPDA/VS.

122 Art. 40 CPDT-JUNE ; art. 21 LInfo/VD.

123 Voir V.

## VII. Bibliographie

BOILLAT JOSÉPHINE / WERLY STÉPHANE, *Transparence passive – aspects pratiques / I.-II.*, in : *Le droit d'accès*, Sylvain Métille (édit.), CEDIDAC Band/ Nr. 74, Berne, 2021, 207-226.

DI TRIA LIVIO / LUBISHTANI KASTRIOT, *Logiciel Pegasus : Fedpol doit communiquer sur l'(in)existence d'un contrat avec NSO Group*, 28 février 2022 in : <https://perma.cc/8VZB-5XXX>.

FLÜCKIGER ALEXANDRE, *La transparence des administrations fédérales et cantonales à l'épreuve de la Convention d'Aarhus sur le droit d'accès à l'information environnementale. Le droit de l'environnement dans la pratique*, Genève, 2009, vol. 53, n° 7.

FLUECKIGER CHRISTIAN, *Regards sur le match entre les principes de la protection des données et ceux de la transparence, ainsi que sur l'attribution d'un carton rouge*, in : *L'activité et l'espace, Droit du sport et aménagement du territoire*, Pascal Mahon et Minh Son Nguyen (édit.), Neuchâtel, 2011, 247-262.

HÄNER ISABELLE, art. 15, in : Brunner/Mader (édit.), *Öffentlichkeitsgesetz, Handkommentar*, Berne, 2008.

MAHON PASCAL / GONIN OLIVIER, art. 6, in : Brunner/Mader (édit.), *Öffentlichkeitsgesetz, Handkommentar*, Berne, 2008.

TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, Genève, 2011.

WALDMANN BERNHARD, *Procédure d'accès aux documents officiels*, in : Bernhard Waldmann / Florian Bergamin (édit.), *10 ans LInf Fribourg : La mise en œuvre du principe de la transparence dans le canton de Fribourg – quelques aspects choisis*, Berne, 2021, p. 177-221.

ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, *Droit administratif*, 2<sup>ème</sup> éd., Neuchâtel, 2013.



Martine Stoffel / Yann Vöchting

# La transparence – un principe devenu très populaire

## L'exemple fribourgeois

---

<b>I. Introduction</b>	175
------------------------	-----

---

<b>II. Le droit d'accès dans le canton de Fribourg</b>	175
<b>A. La portée</b>	176
1. Un droit fondamental	176
2. L'accès aux documents officiels	177
3. Devoir d'assistance: concepts de stationnement	179
4. Les domaines d'application	180
<b>B. Demandes en constante hausse</b>	181

---

<b>III. Les intérêts publics et privés prépondérants</b>	182
<b>A. Les intérêts publics prépondérants</b>	183
1. L'entrave au processus décisionnel: rapports historiques ou d'audit	183
2. Demande abusive et charge de travail disproportionnée: comptes d'un établissement	184
<b>B. Les intérêts privés prépondérants</b>	185
1. La protection des données: rapport d'audit et documents personnels	186
2. Garantie de secret et secrets d'affaires: convention taxe de séjour	187

---

<b>IV. La procédure, en particulier la médiation</b>	188
<b>A. Le déroulement</b>	188
1. Médiation sur l'accès et médiation de tiers	189
2. Obligation de collaboration à la médiation	189
3. Mise en œuvre des accords de médiation	191

<b>B. Accords</b> .....	<b>192</b>
1. Accords de contenu .....	192
a. Obtention de documents .....	193
b. Désignation de documents .....	193
c. Obtention d'informations .....	194
2. Suite de la médiation : accords sur la procédure .....	194
<hr/>	
<b>V. Les requêtes en groupe</b> .....	<b>196</b>
<b>A. Une nouvelle manière d'utiliser le droit d'accès</b> .....	<b>196</b>
1. Les éoliennes et le rapport d'audit .....	196
2. Séance de coordination .....	196
<b>B. La médiation de groupe</b> .....	<b>197</b>
1. Organisation des séances .....	197
2. Transparence procédurale .....	198
<hr/>	
<b>VI. Conclusion</b> .....	<b>199</b>
<hr/>	
<b>VII. Bibliographie</b> .....	<b>200</b>

## I. Introduction

Le principe de la transparence est relativement nouveau. Le droit d'accès aux documents officiels est devenu important, voire très populaire. Le canton de Fribourg, malgré sa taille, a une pratique assez riche en la matière qui illustre ce développement, plutôt général en Suisse et à l'étranger. La présente contribution a pour objectif de présenter les points forts en transparence dans le canton de Fribourg ces dix dernières années<sup>1</sup>.

La loi du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf; RSF 17.5) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Le dixième anniversaire de la LInf a donné l'occasion de faire le point tant sur la portée du droit d'accès aux documents officiels, que sur ses limites et la procédure. Le droit d'accès aux documents officiels est de plus en plus utilisé (II). Les intérêts publics comme le processus décisionnel, la charge de travail disproportionnée et le caractère abusif des demandes, et les intérêts privés comme la protection des données, le secret d'affaires et la divulgation d'informations fournies par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret permettent de limiter l'accès (III). La procédure de médiation en cas de litige relatif au droit d'accès peut déboucher sur différents types d'accord, dont la mise en œuvre soulève parfois des questions pour les parties (IV). Depuis ces trois dernières années, le droit d'accès et la procédure de médiation sont utilisés de plus en plus souvent, parfois même en groupe. Il a donc été nécessaire de trouver des solutions afin de mener à bien ces procédures (V).

## II. Le droit d'accès dans le canton de Fribourg

Le principe de la transparence est un *principe récent*. Toute personne peut accéder aux documents officiels détenus par les organes publics (A). Le droit d'accès aux documents officiels est de plus en plus utilisé (B).

---

1 Cette contribution reprend en partie les éléments parus dans un ouvrage publié et d'un colloque organisé à l'occasion des dix ans du principe de la transparence. En plus, elle intègre les développements plus récents, à savoir la procédure de médiation de groupe et des arrêts du Tribunal cantonal. Voir : Waldmann/Bergamin (édit.), 10 ans LInf Fribourg : La mise en œuvre du principe de la transparence dans le canton de Fribourg – quelques aspects choisis, Berne, 2021. Les articles de la publication en français et en allemand et les contributions du colloque sont disponibles à l'adresse suivante : <https://perma.cc/GRF7-LL5A>. Voir également STOFFEL/GASSER, Dix ans de la transparence – Un aperçu des recommandations, RFJ/FZR 2020/4, p. 317 ss.

## A. La portée

Le droit d'accès fribourgeois aux documents officiels a une portée particulière parce qu'il est essentiel au fonctionnement de la démocratie. Il s'applique aux documents détenus par les organes publics soumis à la LInf, qui ont un devoir d'assistance envers les personnes qui demandent l'accès aux documents officiels. Les domaines d'application de la LInf sont vastes.

### 1. Un droit fondamental

Le droit d'accès aux documents officiels dans le canton de Fribourg est érigé en tant que *droit fondamental* à l'art. 19 al. 2 de la Constitution du canton de Fribourg (Cst.-FR; RSF 10.1), depuis l'entrée en vigueur de cette dernière au 1<sup>er</sup> janvier 2005<sup>2</sup>. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, la LInf règle la mise en œuvre du droit d'accès.

Toute personne physique ou morale<sup>3</sup> a le droit d'accéder aux documents officiels détenus par les organes publics (art. 20 LInf), *sans devoir faire valoir un intérêt* à la consultation des documents dont l'accès est demandé (art. 31 al. 2 LInf).

Au niveau fédéral, le droit d'accès aux documents officiels est limité aux sources généralement accessibles (art. 16 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst. ; RS 101)). Tous les cantons n'ont pas érigé le droit à l'information en tant que droit fondamental. Dans certains, c'est un principe constitutionnel régissant l'activité des autorités. Dans d'autres, la Constitution ne mentionne pas le droit à l'information, mais il a été introduit au niveau législatif<sup>4</sup>.

Le canton de Fribourg, en consacrant un droit fondamental à l'information, va donc plus loin que d'autres cantons, la Confédération et les garanties correspondantes de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH; RS 0.101) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II; RS 0.103.2)<sup>5</sup>.

Cela confère au droit fribourgeois d'accès aux documents officiels une importance particulière. Les documents officiels, accessibles de manière générale ou non, peuvent en principe être consultés. Le droit à l'information est ainsi mis sur pied d'égalité par rapport au droit fondamental à la protection de la vie privée (art. 12 Cst.-FR). Ce droit fondamental à l'information permet

---

2 À propos du droit d'accès en tant que droit fondamental, voir BELSER/CATTILAZ, Der grundrechtliche Anspruch auf Zugang zu Information und Dokumenten, in : WALDMANN/BERGAMIN, p. 65 ss; VOLLERY, La loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents, RFJ/FZR 2009/4, p. 380 ss.

---

3 À propos des titulaires du droit d'accès, voir WALDMANN, Procédure d'accès aux documents officiels, in : WALDMANN/BERGAMIN, p. 186.

---

4 VOLLERY, p. 380 ss.

---

5 BELSER/CATTILAZ, p. 74.

aux tribunaux de contrôler les décisions et les lois d'exécution à l'aune du droit constitutionnel et de refuser d'appliquer des lois qui violent ce droit ou le limitent de façon disproportionnée<sup>6</sup>.

La LInf instaure une présomption de publicité des documents officiels : *a priori*, tous les documents sont en principe publics<sup>7</sup>.

## 2. L'accès aux documents officiels

La portée du droit d'accès est que tout document officiel détenu par un organe public soumis à la LInf est couvert par le droit d'accès.

La *notion de document officiel* ainsi que celle d'information sur l'environnement, dont l'accès est également garanti par la LInf<sup>8</sup>, sont précisées à l'art. 22 LInf et l'art. 2 al. 1 de l'ordonnance du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents (OAD ; RSF 17.54). Ainsi, un document officiel au sens de la LInf consiste en une information enregistrée sur un support quelconque et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique. Il peut également s'agir d'un document qui peut être établi par un traitement informatique en extrayant les informations concernées d'une base de données. Les documents n'ayant pas atteint leur stade définitif d'élaboration ou étant destinés à l'usage personnel ne sont pas compris dans la notion de document officiel<sup>9</sup>.

Au final, « il faut partir de l'idée que la quasi-totalité des documents, quel que soit leur support (papier, informatique ou autre), qui se trouvent en main des organes publics constituent des documents officiels »<sup>10</sup>. À titre d'exemples, des courriers, courriels et notes sont des documents officiels soumis au droit d'accès<sup>11</sup>.

Le document officiel dont l'accès est demandé doit être *détenu* par un organe public visé par le champ d'application de la loi (art. 2 et 3 LInf)<sup>12</sup> :

---

6 BELSER/CATTILAZ, p. 75 et TC FR 601 2020 96, 9 novembre 2020, consid. 2.3.2. Sur les exceptions au droit d'accès aux documents dans les cantons, voir BOILLAT/WERLY, Le principe de la transparence dans les cantons romands, in : ASDPO/SVVOR, Annuaire/Jahrbuch 2019/2020, p. 43 ss.

7 COTTIER, Le droit d'accès aux documents officiels, in : Métille (édit.), Le droit d'accès, Berne 2021, p. 150 ; VOLLERY, p. 384. À propos du changement de paradigme, voir par exemple BELSER/CATTILAZ, p. 90.

8 Voir Message 2015-CE-127 accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur l'information et l'accès aux documents (adaptation à la Convention d'Aarhus), BGC 2016 2138 ss ; MONTAVON/VOLLERY, Adaptation des législations cantonales sur la transparence à la Convention d'Aarhus – L'exemple de Fribourg, UR/P/DEP/DAP 2017/5, p. 459 ss.

9 Les notions de document ayant atteint son stade définitif d'élaboration et de document destiné à l'usage personnel sont précisées à l'art. 2 al. 2 et 3 OAD.

10 VOLLERY, p. 385.

11 Recommandation de la Préposée du 29 avril 2021.

12 À propos du champ d'application de la LInf, voir BERGAMIN/HÖCHNER, Regelungsgegenstand und Geltungsbereich des InfoG, in : WALDMANN/BERGAMIN, p. 103 ss.

Il s'agit des organes de l'État et des communes (relevant tant des pouvoirs exécutifs que législatifs et judiciaires), des personnes morales de droit public cantonales et communales, des personnes privées et des organes d'institutions privées accomplissant des tâches de droit public, dans la mesure où ils peuvent édicter des règles de droit ou rendre des décisions au sens du code de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 (CPJA ; RSF 150.1) (art. 2 al. 1 let. a et b LInf).

Sont également comprises les personnes privées et les organes d'institutions privées qui accomplissent des tâches de droit public dans le domaine de l'environnement, même s'ils n'ont pas la compétence d'édicter des règles de droit ou de rendre des décisions (art. 2 al. 1 let. c LInf).

La LInf ne s'applique pas aux activités économiques exercées en situation de concurrence et s'applique à certaines conditions aux églises reconnues (art. 3 LInf)<sup>13</sup>.

Le droit d'accès s'applique aux informations sur l'environnement détenues par une personne privée qui assume des responsabilités ou des fonctions publiques ou fournit des services publics en rapport avec l'environnement, lorsque cette personne agit sous l'autorité d'un organe visé à l'art. 1 al. 1 let. a ou b LInf (art. 20 al. 1bis LInf).

La *procédure* d'accès à un document officiel se divise en quatre étapes qui forment un tout indissociable<sup>14</sup> : la demande et son traitement initial (art. 31 et 32 LInf), la médiation auprès de la Préposée (art. 33 al. 1 et 2 LInf), la décision de l'organe public (art. 33 al. 3 LInf) et la procédure de recours (art. 34-36 LInf) (cf. *infra* IV A)<sup>15</sup>.

La personne qui demande l'accès à un document officiel ne doit pas motiver sa demande, elle doit toutefois donner suffisamment d'indications pour permettre l'identification du document (art. 31 LInf). Si l'accès est susceptible de porter atteinte à un intérêt public ou privé (cf. *infra* III), l'organe public suspend la procédure et consulte les tiers concernés (art. 32 al. 2 LInf). Suite à la détermination sur l'accès rendue par l'organe public (art. 32 al. 3 LInf), la personne qui a demandé l'accès ou des tiers concernés peuvent déposer une requête en médiation auprès de la Préposée cantonale à la transparence (la Préposée). Selon l'issue de la médiation, celle-ci débouche sur un accord (cf. *infra* IV) ou sur une recommandation de la Préposée. Il appartient ensuite à l'organe public concerné de rendre une décision susceptible d'être portée

---

13 À propos de la raison de ces exclusions, voir Message N°90 accompagnant le projet de loi sur l'information et l'accès aux documents (LInf), BGC 2009 929 ss.

14 TC FR, 601 2019 19, 21 mai 2019.

15 Pour une étude complète de la procédure d'accès selon la LInf, voir WALDMANN, p. 177 ss.

à l'instance supérieure par voie de recours. L'organe public concerné n'est pas tenu de suivre la recommandation de la Préposée (art. 33 LInf).

### 3. Devoir d'assistance : concepts de stationnement

Il n'est pas toujours facile pour la personne qui fait la demande d'accès de savoir quels documents existent et contiennent les informations recherchées, et quels documents pourraient être utiles. Pour ces raisons, il existe un *devoir d'assistance* de l'organe public.

L'organe public assiste la personne qui demande l'accès, notamment en l'aidant dans l'identification du document recherché ou en organisant des systèmes de classement qui facilitent l'exercice du droit d'accès (art. 32 al. 1 et art. 38 al. 1 LInf, art. 9 et art. 16 al. 1 OAD).

À titre d'exemple, une demande d'accès adressée à la Préfecture de la Sarine (la Préfecture) portait sur *les concepts de stationnement, de circulation et/ou de mobilité* tels que validés par la Police cantonale fribourgeoise pour les principaux organisateurs d'évènements sur le Plateau d'Agy (Forum Fribourg, Fribourg Gottéron) pour les années 2017, 2018, 2019 et 2020.

Au terme de la procédure de médiation et après la recommandation de la Préposée, la Préfecture a transmis deux concepts de mobilité de 2018 et 2019, mais *refusé de dresser une liste des documents* qui entraient en ligne de compte avec la demande d'accès, contrairement à ce que la Préposée avait recommandé<sup>16</sup>.

Suite au recours contre la décision de la Préfecture, dans son arrêt<sup>17</sup>, le Tribunal cantonal a décidé que *le devoir d'assistance de l'organe public* (art. 32 al. 1 LInf) comprend le devoir de dresser une liste des documents qui peuvent entrer en ligne de compte lorsqu'il y a désaccord sur les documents recherchés. *Le devoir d'organisation de l'organe public*, sous forme de mise en place de systèmes de classement des documents (art. 38 al. 1 LInf et art. 16 al. 1 OAD), doit pouvoir servir le devoir d'assistance en facilitant la recherche de documents et, le cas échéant, en établissant une liste de documents. En outre, dans le cas précis, la demande était limitée à des documents établis durant une période déterminée et identifiables. La demande n'était donc ni abusive, ni trop volumineuse et partante disproportionnée. Ainsi, c'est à tort que la Préfecture a refusé de dresser une liste des documents<sup>18</sup>.

---

16 Recommandation de la Préposée du 2 juillet 2020, consid. 39-41.

17 TC FR 601 2020 183, 29 avril 2021.

18 À propos de cet arrêt, voir également BERGAMIN, p. 47, 53-55; WALDMANN, p. 187, 192 et 216. Le devoir d'assistance des organes publics impliquant le devoir de dresser une liste de documents a déjà été abordé dans un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 142 II 324 consid. 3.5) concernant les demandes d'accès au sens de la loi fédérale du 17 décembre

Cette jurisprudence souligne qu'il est essentiel pour les organes publics *de classer et d'organiser les documents* afin qu'ils puissent être retrouvés (art. 38 al. 1 LInf et art. 16 al. 1 OAD). Ce n'est qu'ainsi que le droit d'accès aux documents officiels peut être mis en œuvre<sup>19</sup>.

#### 4. Les domaines d'application

Tous les documents officiels détenus par les organes publics sont soumis au droit d'accès.

Ce principe vaut pour un certain nombre de documents sans restriction. Il s'agit d'abord des budgets et des comptes des collectivités publiques et de leurs établissements ainsi que des comptes des autres institutions étatiques. Il y a ensuite les documents qui font l'objet d'une procédure de consultation externe ainsi que les avis exprimés lors d'une telle procédure après l'expiration du délai de consultation. Il s'agit finalement d'informations statistiques qui ne sont pas couvertes par le secret statistique, conformément à la législation y relative (art. 30 al. 1 LInf).

Le droit d'accès est particulièrement important pour l'accès aux rapports d'évaluation des prestations fournies par l'administration et de l'efficacité des mesures prises par celles-ci. Dans ces cas, l'accès est garanti à partir du moment où l'organe public auquel le rapport est destiné a décidé des suites qu'il entend lui donner ou après l'écoulement d'un délai de six mois depuis le dépôt du rapport. Font exception à ce principe les rapports qui concernent les prestations de personnes déterminées (art. 30 al. 2 LInf).

Le droit général à l'accès aux documents souffre d'exceptions, définies par le *domaine* ou le genre de *documents*.

Selon l'art. 21 LInf, *trois domaines* sont exclusivement régis par la législation spéciale :

- La consultation des documents relatifs à des procédures civiles, pénales, de juridiction administrative et d'arbitrage pendantes<sup>20</sup>.

---

2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans ; RS 152.3) et de l'ordonnance du 24 mai 2006 sur le principe de transparence dans l'administration (OTrans ; RS 152.31).

---

19 Sur la question de savoir si le devoir d'assistance et celui de dresser une liste de documents sont applicables dans les cantons où ceux-ci ne sont pas prévus expressément, voir FLUECKIGER, IV.

---

20 C'est dans le cadre des adaptations à la Convention d'Aarhus, qui exige que ces documents, lorsqu'ils concernent l'environnement, soient accessibles, que le législateur a décidé d'inclure dans le champ d'application de la LInf l'accès à tous les documents relatifs aux procédures civiles, pénales, de juridiction administrative et d'arbitrage closes (auparavant, il en était également exclu). Il a justifié son choix de généralisation des exigences de la Convention d'Aarhus par la volonté d'éviter que deux régimes se superposent (Message LInf-Aarhus, 2140, 2143 et 2145).

- La consultation du dossier par les parties durant une procédure administrative de première instance.
- Et l'accès d'une personne aux données la concernant (art. 21 al. 1 LInf). L'accès d'une personne aux données la concernant est régi par les art. 23 ss de la loi du 25 novembre 1994 sur la protection des données (LPrD ; RSF 17.1)<sup>21</sup>.

La LInf ne s'applique pas aux documents faisant l'objet d'une commercialisation (art. 21 al. 2 LInf).

Un autre type d'exception au droit d'accès est défini par le genre de *documents*. C'est ainsi que l'accès aux procès-verbaux des séances non publiques, réflexions individuelles, échanges de vue et avis de nature politique ou stratégique exprimés dans les notes internes servant aux discussions des organes publics est exclu (art. 29 al. 1 let. a et b LInf). En outre, les documents servant à la préparation des décisions du Conseil d'État et des autorités exécutives communales et intercommunales ne sont accessibles qu'après la décision dont ils constituent la base (art. 29 al. 2 LInf).

## B. Demandes en constante hausse

Depuis l'entrée en vigueur de la LInf, on dénombre presque 800 *demandes d'accès* à des documents officiels auprès des organes publics<sup>22</sup>. Par année, le nombre de demandes varie de 37 à 227 avec une légère augmentation irrégulière au fil des ans, en particulier pour les années 2018 à 2020, et une augmentation forte en 2021 due aux nombreuses demandes en lien avec le projet d'implantation d'éoliennes sur le territoire cantonal (cf. *infra* V).

Pour environ deux tiers des demandes, *un accès total* a été octroyé, le tiers restant est partagé équitablement entre accès refusés et accès restreints ou différés. Les trois principaux domaines qui ont fait l'objet de demandes sont la construction, l'agriculture et l'environnement.

Les demandes d'accès *provenaient* pour la moitié de personnes privées, le reste de médias, d'entreprises, de communes, d'avocat-e-s ou d'organisations représentant les milieux intéressés (pris dans l'ordre décroissant du nombre de demandes). Les citoyen-ne-s se servent le plus souvent du droit d'accès.

---

21 À propos des liens entre droit d'accès aux documents officiels et droit d'accès à ses propres données, voir BERGAMIN, Rechtsprechung zum InfoG, in : WALDMANN/BERGAMIN, p. 49 ; BERGAMIN/HÖCHNER, p. 111 ; COTTIER, Transparence et protection des données, in : WALDMANN/BERGAMIN, p. 174-175.

22 État le 1<sup>er</sup> mars 2022. Pour une analyse des statistiques, voir SCHMITT, Candide au Pays de la transparence, in : WALDMANN/BERGAMIN, p. 17 ss.

Ces chiffres proviennent de l'évaluation du droit d'accès réalisée chaque année par l'Autorité cantonale de la transparence, de la protection des données et de la médiation (ATPrDM) auprès de l'administration. L'évaluation reflète le nombre de demandes d'accès annoncées par les organes publics auprès de l'ATPrDM. Comme au niveau fédéral, celle-ci part de l'idée que ce nombre est nettement inférieur à la réalité, mais que les demandes d'accès adressées aux organes publics ne sont pas toujours reconnues comme telles et, en conséquence, pas traitées sous l'aspect de la LInf ni annoncées dans le cadre de l'évaluation<sup>23</sup>.

En ce qui concerne les demandes pour lesquelles l'accès était litigieux, le nombre de *requêtes en médiation* auprès de la Préposée a aussi augmenté au fil des ans, passant de sept en 2011 à 64 en 2021, pour un total de 168. Dans une majeure partie des cas, la médiation permet de trouver un accord, si bien qu'une recommandation de la Préposée n'est pas nécessaire. Depuis 2011, la Préposée a rendu 39 recommandations<sup>24</sup>. Treize recours en lien avec la LInf ont été déposés au Tribunal cantonal et deux au Tribunal fédéral (cf. *supra* II A 3, *infra* III, et *infra* IV A 2)<sup>25</sup>.

### III. Les intérêts publics et privés prépondérants

Tout document officiel soumis à la LInf est public, sauf en cas d'intérêts publics et privés prépondérants (art. 25-28 LInf), dans les cas particuliers où l'accès est exclu (art. 29 LInf) et dans les domaines régis par la législation spéciale (art. 21 LInf).

L'accès à un document officiel est différé, restreint ou refusé lorsqu'un intérêt prépondérant l'exige, qu'il soit public (art. 26 LInf) (A) ou privé (art. 27 et 28 LInf) (B)<sup>26</sup>. L'organe public, lorsqu'il détermine si l'accès doit être différé ou restreint plutôt que refusé, doit se fonder sur le principe de proportionnalité (art. 7 al. 1 OAD).

---

23 ATPrDM, Rapport d'activité 2021, p.15.

24 Ces chiffres émanent des Rapports d'activité successifs de l'ATPrDM.

25 STOFFEL/ZUNZER RAEMY, Gros plan sur les accords de médiation en transparence – approche empirique, in: WALDMANN/BERGAMIN, p. 227.

26 À propos des différentes limites au droit d'accès, voir VOLLERY, p. 390 ss. Pour un examen des motifs principalement invoqués par les organes publics pour différer, restreindre ou refuser l'accès aux documents dans les cas qui ont mené à une recommandation de la Préposée, voir STOFFEL/GASSER, p. 335 ss. A propos du caviardage d'informations touchant des intérêts privés ou publics et des problèmes qu'il soulève dans la procédure de demande d'accès, voir FLUECKIGER, II.

## A. Les intérêts publics prépondérants

Un intérêt prépondérant peut être un *intérêt public*. La loi énumère les intérêts publics prépondérants (art. 26 LInf). Mais cette liste n'est pas exhaustive<sup>27</sup>.

La loi reconnaît comme intérêt public prépondérant le fait que l'accès peut mettre en danger la sécurité et l'ordre publics, porter atteinte aux relations extérieures du canton, entraver notablement le processus décisionnel de l'organe public, ou encore entraver notablement l'exécution de décisions prises par l'organe public et finalement compromettre la position de négociation de l'organe public (art. 26 al. 1 LInf).

Un intérêt public prépondérant peut aussi consister en l'intérêt de l'administration d'effectuer ses travaux de manière efficace et de ne pas être soumise à des demandes d'accès abusives. Cela peut être le cas notamment en raison de leur nombre ou de leur caractère répétitif ou systématique ou lorsque la charge de travail permettant de donner suite à la demande est manifestement disproportionnée (art. 26 al. 2 LInf).

### 1. L'entrave au processus décisionnel : rapports historiques ou d'audit

Cet intérêt public concerne les documents établis dans *la phase précédant l'adoption de la décision*, au sens large, et non pas uniquement une décision administrative. Il existe donc une limite dans le temps, à savoir qu'il s'agit de la phase précédant l'adoption d'une décision. Pour que cet intérêt puisse être invoqué, le document en cause doit avoir un lien direct et immédiat avec la décision à prendre et une importance significative pour celle-ci. En outre, l'entrave doit être notable : l'atteinte à la formation de la volonté de l'organe public doit être d'une certaine intensité<sup>28</sup>.

Par exemple, une demande d'accès portait sur *deux rapports historiques sur la décharge de La Pila* détenus par la Direction du développement territorial, des infrastructures, de la mobilité et de l'environnement (DIME). Au terme de la procédure de médiation et après la recommandation de la Préposée d'octroyer l'accès aux deux rapports, la DIME a différé l'accès et invoqué l'entrave notable au processus décisionnel, tant qu'elle n'avait pas notifié sa décision sur la répartition des coûts (art. 26 al. 1 let. c LInf). Elle a également invoqué la procédure devant le Tribunal fédéral relative à l'identification des perturbateurs du site de l'ancienne décharge pour différer l'accès (art. 21 al. 1 let. a LInf).

Suite au recours contre cette décision, le Tribunal cantonal a confirmé la recommandation de la Préposée. Il a décidé que l'existence d'un tel intérêt

---

27 TC FR, 601 2018 27, 24 mai 2018, consid. 2.2; VOLLERY, p. 401.

28 VOLLERY, p. 398.

public prépondérant au vu de l'éloignement temporel avec des faits remontant aux années 1953 à 1972 et les décisions à prendre plusieurs décennies plus tard n'était pas démontré, et que les rapports n'avaient pas été établis en vue d'une prise de décision sur la question des responsabilités. En outre, la LInf s'appliquait bien à cette demande d'accès, les documents ayant été élaborés en dehors d'une procédure judiciaire, et non pas explicitement en vue d'une telle procédure<sup>29</sup>.

Un autre cas concernait l'accès à un *rapport d'audit des pratiques managériales* du Réseau Santé et Social de la Veveyse (RSSV). Le RSSV prévoyait de différer l'accès au rapport puisqu'il serait amené à prendre des décisions concernant des conséquences concrètes du rapport. En cas d'accès au rapport, cette prise de décisions aurait risqué d'être notablement entravée. Dans sa recommandation, la Préposée a préconisé un accès restreint, en différant uniquement l'accès à la partie du rapport consacrée aux décisions à prendre. Le RSSV a suivi la recommandation de la Préposée dans sa décision<sup>30</sup>.

## 2. Demande abusive et charge de travail disproportionnée : comptes d'un établissement

Les *demandes abusives*, notamment en raison de leur nombre ou de leur caractère répétitif ou systématique, et la *charge de travail manifestement disproportionnée* pour donner suite à la demande d'accès sont des intérêts publics prépondérants pour restreindre, différer ou refuser l'accès à des documents (art. 26 al. 2 LInf).

Dans une affaire, la demande d'accès concernait des *informations et écritures comptables relatives à des subventions à des tiers* accordées par l'Établissement cantonal d'assurance des bâtiments (ECAB) en dehors des subventions prévues par les art. 39 et 40 de la loi du 9 septembre 2016 sur l'assurance immobilière, la prévention et les secours en matière de feu et d'éléments naturels (LECAB ; RSF 732.1.1).

Lors d'une première procédure, un accord de médiation avait prévu qu'une nouvelle demande d'accès serait déposée à propos de certains comptes identifiés dans le cadre de la médiation. Cette nouvelle demande d'accès n'ayant pas reçu de réaction de la part de l'ECAB, une nouvelle requête en médiation a été déposée auprès de la Préposée. L'ECAB a invoqué le caractère abusif de la demande d'accès et le travail disproportionné qu'elle impliquait pour refuser l'accès aux documents.

---

29 TC FR 601 2020 131, 29 janvier 2021, p. 4-5.

30 Recommandation de la Préposée du 1<sup>er</sup> octobre 2019, p. 6.

Dans sa recommandation, la Préposée a enjoint l'ECAB à octroyer l'accès aux-dits documents, cas échéant en caviardant les données personnelles qui y figuraient, ou alors à motiver davantage les raisons pour lesquelles les intérêts publics invoqués s'opposaient à l'accès<sup>31</sup>.

Après la décision de refus d'accès de l'établissement, le requérant a déposé un recours auprès du Tribunal cantonal. Celui-ci a décidé que l'ECAB devait octroyer l'accès aux comptes demandés :

*La demande n'était pas abusive* (art. 26 al. 2 let. a LInf). Les requêtes réitérées et successives du recourant sont dues aux réponses partielles qu'il a reçues ; elles lui ont servi à préciser sa demande au fur et à mesure des réponses obtenues. De plus, l'accord de médiation prévoyait expressément une nouvelle demande d'accès de sorte que l'établissement ne pouvait pas la reprocher au recourant.

*La demande n'impliquait pas une charge de travail disproportionnée* (art. 26 al. 2 let. b LInf) : la demande se limitait à certaines écritures dans certaines rubriques des comptes. L'ECAB savait quels documents faisaient l'objet de la demande ; ceux-ci représentaient une quinzaine de pages recto/verso.

Finalement, la *protection des données* des bénéficiaires des versements mentionnés dans les comptes (art. 27 LInf) ne pouvait pas s'opposer à l'accès. Il fallait partir du principe que les circonstances permettaient en principe de présumer un consentement à la communication des données des bénéficiaires des montants versés à titre de sponsoring, marketing, partenariat ou soutien<sup>32</sup>.

## B. Les intérêts privés prépondérants

Un intérêt prépondérant peut également être un *intérêt privé*. Un tel intérêt est reconnu lorsque l'accès peut porter atteinte à la protection des données personnelles, à moins qu'une disposition légale ne prévoie la diffusion des données concernées auprès du public, que la personne concernée n'ait consenti à la communication de ses données au public ou que les circonstances ne permettent de présumer ce consentement, ou encore que l'intérêt public à l'information ne l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret de la personne concernée. Les données des personnes morales ne sont pas protégées lorsque la demande d'accès concerne des informations sur l'environnement (art. 27 LInf).

Les *présomptions d'un intérêt public prépondérant à la communication de données personnelles* sont réglées à l'art. 12 LInf, qui est applicable en cas d'intérêt privé prépondérant (art. 27 al. 2 LInf). Il s'agit de la communication

---

31 Recommandation de la Préposée du 20 mars 2020, p. 7.

32 TC FR, 601 2020 115, 8 octobre 2021.

de données personnelles qui se rapportent à un membre d'un organe public et d'informations qui portent sur ses fonctions ou ses activités au sein de cet organe. Ces présomptions tombent en cas de données sensibles ou en présence d'un intérêt particulier de la personne concernée.

Un intérêt privé prépondérant existe en outre lorsque l'accès, s'il était accordé, révélerait des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication, constituerait une violation du droit d'auteur ou divulguerait des informations fournies librement par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret (art. 28 LInf).

### 1. La protection des données : rapport d'audit et documents personnels

Les personnes concernées peuvent faire valoir l'atteinte à *la protection des données* pour s'opposer à l'accès à un document officiel (art. 33 al. 1 LInf). Elles doivent être consultées lorsque l'accès risque de porter atteinte à leur intérêt privé (art. 32 al. 2 LInf).

Lors de demandes d'accès à des rapports d'enquêtes ou des audits administratifs, cet intérêt privé prépondérant existe souvent puisque les personnes mises en cause dans ces rapports ou celles qui s'y sont exprimées ont un intérêt fort à ce que la protection de leur sphère privée soit garantie. Elles doivent également pouvoir s'exprimer de manière anonyme pour que ce type de rapports puisse être réalisé. Dans ce genre de cas, la Préposée préconise en principe un accès restreint en caviardant les données personnelles concernées, en application du principe de proportionnalité (art. 7 al. 1 OAD)<sup>33</sup>.

À titre d'exemple, dans le cadre d'une demande d'accès à *un rapport d'audit au sein de l'Hôpital cantonal fribourgeois (HFR)*, un tiers concerné par le rapport s'est opposé à l'accès. La Préposée a recommandé un accès restreint, afin de préserver la sphère privée du tiers mis en cause<sup>34</sup>. L'HFR a suivi la recommandation et décidé d'octroyer un accès restreint au rapport en caviardant certains passages. Le tiers a fait recours contre cette décision du HFR en concluant principalement à l'annulation de la décision et subsidiairement à sa modification en ce sens que d'autres passages devaient être caviardés.

Dans son arrêt<sup>35</sup>, le Tribunal cantonal a relevé qu'il s'agissait de l'ancienne directrice générale du HFR. Il a considéré qu'au vu de l'art. 27 al. 1 let. c LInf,

---

33 STOFFEL/GASSER, p. 342-343. A propos des problèmes soulevés par le caviardage des documents officiels dans la procédure d'accès, voir FLUECKIGER, II, l'auteur propose aussi des bonnes pratiques en matière de caviardage et de consultation de tiers (FLUECKIGER, V).

34 Recommandation de la Préposée du 28 juin 2018.

35 TC FR, 601 2018 267, 28 novembre 2018.

lorsqu'un intérêt du public à l'information entre en conflit avec une atteinte à la protection des données personnelles, il y a lieu d'opérer une pondération des intérêts en présence dans chaque situation concrète, afin de déterminer si c'est l'intérêt du public ou l'intérêt au maintien du secret de la personne concernée qui prévaut. Dans ce cas, un refus complet de l'accès au rapport serait allé à l'encontre des buts de la LInf et l'accès restreint permettait de caviarder certains passages, suffisant pour préserver l'intérêt privé du tiers concerné.

En référence à la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>36</sup>, le Tribunal cantonal a rappelé que l'un des buts du droit d'accès est de pouvoir mettre en lumière certains dysfonctionnements de l'État, même si la divulgation de certains éléments sont susceptibles de causer des désagréments aux personnes concernées<sup>37</sup>.

## 2. Garantie de secret et secrets d'affaires : convention taxe de séjour

La *divulgaration d'informations fournies par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret* (art. 28 al. 1 let. c LInf) est un intérêt privé prépondérant prévu par la LInf pour restreindre, différer ou refuser l'accès à des documents. Il n'appartient pas au tiers et à l'organe public de définir ces informations, par exemple dans une clause de confidentialité qui irait plus loin que ce que la loi permet.

Les *secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication* constituent un autre intérêt privé prépondérant à restreindre, différer ou refuser l'accès à des documents (art. 28 al. 1 let. a LInf).

À titre d'exemple, un journaliste a demandé l'accès à *une convention relative à la perception de la taxe de séjour* (la convention) passée entre l'Union fribourgeoise du Tourisme (UFT) et Airbnb. La Préposée a recommandé d'octroyer l'accès à la convention, après consultation d'Airbnb<sup>38</sup>. Après le recours contre le refus de l'UFT d'octroyer l'accès à la convention, le Tribunal cantonal a rappelé que la qualification « *confidentiel* », « *interne* » ou « *secret* » d'un document relève de la loi et n'empêche pas en principe l'accès à un document ; une telle qualification ne peut pas reposer sur la volonté de l'administration ou des administré-e-s<sup>39</sup>.

Puis, le Tribunal cantonal a énuméré les conditions restrictives pour admettre que l'accès à la convention divulguerait des *informations fournies*

---

36 TF, 1C 472/2017, 29 mai 2018, consid. 3.3.

37 À propos de l'articulation entre le principe de la transparence et la protection des données, voir FLÜCKIGER, La transparence des données personnelles au service de l'intégrité de l'administration publique, in : ASDPO/SVVOR, Annuaire/Jahrbuch 2019/2020, p. 77-91.

38 Recommandation de la Préposée du 24 septembre 2020.

39 TC FR, 601 2020 219, 7 décembre 2021.

*librement par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret* (art. 28 al. 1 let. c LInf) et indiqué que ces conditions n'étaient pas réunies, de sorte qu'un tel intérêt n'existait pas en l'espèce. L'UFT n'avait pas suffisamment démontré en quoi la convention relèverait du *secret d'affaires* (art. 28 al. 1 let. a LInf), en particulier en quoi le choix de régler les modalités de perception de la taxe de séjour par une convention ou les mécanismes novateurs prétendument contenus dans la convention ne devraient pas être dévoilés, d'autant plus que le montant de la taxe est une information publique et accessible sur Internet. En outre, il n'a retenu aucun intérêt public prépondérant.

Le Tribunal cantonal a décidé que *l'accès* à la convention devait être *octroyé*, moyennant consultation préalable d'Airbnb (art. 32 al. 2 LInf). Airbnb peut faire valoir des intérêts privés prépondérants (art. 28 al. 1 let. a LInf) pour s'opposer à l'accès et saisir la Préposée d'une requête en médiation (art. 33 al. 1 LInf).

Si de tels intérêts étaient reconnus, la convention devrait être caviardée de sorte à les garantir et à permettre un accès restreint, dans le respect du principe de proportionnalité.

## IV. La procédure, en particulier la médiation

La *procédure* d'accès à un document officiel, prévue aux art. 31-36 LInf, se divise en quatre étapes qui forment un tout indissociable : la demande et son traitement initial (art. 31 et 32 LInf), la médiation auprès de la Préposée (art. 33 al. 1 et 2 LInf), la décision de l'organe public (art. 33 al. 3 LInf) et la procédure de recours (art. 34-36 LInf) (A ; cf. supra II A 2). La médiation débouche sur des accords lorsqu'elle aboutit : il peut s'agir d'accords sur la portée du principe de transparence ou d'accords de procédure (B).

### A. Le déroulement

Comme au niveau fédéral et dans plusieurs cantons, la LInf prévoit *une procédure de médiation* en cas de demande d'accès litigieuse. Une requête en médiation doit être déposée auprès de la Préposée dans les 30 jours qui suivent la détermination de l'organe public par la personne qui a demandé l'accès ou par les tiers qui s'y opposent (art. 33 al. 1 LInf).

Cette procédure est obligatoire en ce sens qu'elle précède la décision finale de l'organe public sur la demande d'accès, qui ne peut la rendre qu'après avoir pris part à la médiation<sup>40</sup>. Le caractère obligatoire de la médiation se retrouve

40 WALDMANN, p.198.

au niveau fédéral (art. 10 ss de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration, LTrans; RS 152.3) et dans les cantons de Genève, Soleure, Uri, Valais et Appenzell Rhodes-Intérieures. Dans certains cantons, cette procédure est facultative (VD, TI, SZ) alors que dans d'autres elle n'est pas prévue (BE, SH, AG, BL, BS, SG)<sup>41</sup>.

En cas d'entente entre les parties, la procédure de médiation aboutit à un accord. Celui-ci peut prendre plusieurs formes; concernant sa mise en œuvre, la LInf ne la règle pas. Si la médiation n'aboutit pas, la Préposée rend une recommandation écrite à l'intention des parties (art. 33 al. 2 LInf)<sup>42</sup>. L'organe public rend ensuite d'office une décision. S'il se rallie à la recommandation, le renvoi à cette dernière peut faire office de motivation (art. 33 al. 3 LInf)<sup>43</sup>.

### 1. Médiation sur l'accès et médiation de tiers

La loi distingue deux types de médiation<sup>44</sup>:

- La *médiation sur l'accès*, entre la personne et l'organe public auprès duquel la demande d'accès a été déposée. Cela peut être parce que cette personne n'est pas satisfaite de la détermination de l'organe public ou parce que la demande n'aura pas été traitée dans les temps.
- La *médiation sur les droits réservés des tiers*, entre l'organe public qui s'est déterminé favorablement sur la demande d'accès et un tiers qui invoque un intérêt privé prépondérant pour s'opposer à l'accès (art. 27 et 28 LInf). Dans ce cas, la personne qui a demandé l'accès est informée de l'opposition du tiers, mais n'est pas partie à la procédure de médiation.

Ce sont dans la pratique en majorité des médiations sur l'accès qui ont eu lieu, les médiations sur les droits réservés des tiers sont plus rares.

### 2. Obligation de collaboration à la médiation

Les personnes qui effectuent une demande d'accès et les organes publics concernés par ces demandes ont l'obligation de collaborer à la médiation (art. 14a OAD).

Le Tribunal fédéral a été amené dans un cas à traiter de *l'absence du requérant à la séance de médiation sans motif valable*. À la suite d'une demande d'accès à divers documents, le requérant a déposé une requête en médiation

---

41 Sur les différentes procédures d'accès en Suisse, voir WALDMANN, p. 180-181; sur ces procédures en Suisse romande, voir BOILLAT/WERLY, p. 39 ss.

42 Pour une vue d'ensemble des recommandations de la Préposée, voir STOFFEL/GASSER, p. 317 ss.

43 Message LInf, 950.

44 STOFFEL/ZUNZER RAEMY, p. 227-228.

auprès de la Préposée. Celle-ci a convoqué les parties à une première séance de médiation à laquelle le requérant a renoncé à participer, estimant que sa demande n'était pas négociable. La Préposée a alors convoqué les parties à une seconde séance de médiation en indiquant au requérant qu'en son absence, la demande devrait être considérée comme retirée et la procédure close. En l'absence du requérant à cette seconde séance, la Préposée a décidé que sa requête en médiation était retirée.

Après un recours auprès du Tribunal cantonal qui a confirmé le classement de la requête en médiation par la Préposée suite à l'absence du requérant, celui-ci a porté l'affaire au Tribunal fédéral<sup>45</sup>.

Dans son arrêt du 18 mars 2020<sup>46</sup>, le Tribunal fédéral a décidé que *la procédure de médiation peut être close par la Préposée* lorsque le requérant refuse de participer à une séance de médiation et confirmé ainsi l'arrêt du Tribunal cantonal. Bien que la médiation selon la LInf se déroule sans décision contraignante, la Préposée a la compétence de « statuer dans certains cas par voie décisionnelle »<sup>47</sup>, par exemple lorsque la demande de médiation ne satisfait pas aux conditions de recevabilité posées par la LInf ou lorsque la demande d'accès est retirée.

En général, la médiation s'achève par un accord ou une recommandation de la Préposée. Dans certains cas toutefois, la Préposée peut *rendre des décisions portant sur la procédure de médiation*, mais pas de décision sur le fond. Selon le Tribunal fédéral, il en va également ainsi si les parties parviennent à un accord : la Préposée prend acte de l'accord par une « décision de constatation acquérant force de chose jugée »<sup>48</sup>. Ainsi, le grief du recourant selon lequel la décision de la Préposée, qui considère la requête en médiation comme retirée – nulle en raison de l'absence d'une telle compétence par la Préposée – doit être rejeté.

Le Tribunal fédéral a examiné *les obligations des parties de collaborer à la médiation* (art. 14a OAD). L'art. 14a al. 2 let. c OAD impose aux parties de prendre part à la médiation. Il permet à la Préposée de constater l'échec de la médiation lorsque les parties refusent de prêter le concours nécessaire à l'aboutissement d'un accord ou qu'elles retardent abusivement la médiation,

---

45 TC FR, 601 2019 19, 21 mai 2019.

46 TF, 1C\_353/2019, 18 mars 2020.

47 TF, 1C\_353/2019, 18 mars 2020, consid. 2.2.

48 TF, 1C\_353/2019, 18 mars 2020, consid. 2.2. Voir aussi WALDMANN, Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten: immer weiter weg vom ursprünglichen Konzept, RFJ/FZR 2020/1, p. 15-16 (cité WALDMANN, Verfahren). Selon l'auteur, ces actes sont des ordonnances sans caractère de décision dans le cadre d'une procédure informelle régie par une législation spéciale.

et de rendre une recommandation, « mais ne le lui impose pas »<sup>49</sup>. Lorsque les parties refusent de collaborer à la médiation, la Préposée peut prendre des mesures destinées à faire respecter l'obligation de collaboration à la médiation (art. 14a al. 1-3 OAD). Elle a ici une marge d'appréciation.

Ce n'est que lorsque les deux parties refusent de collaborer qu'un accord est d'emblée exclu, et que dès lors il n'y a plus de marge de manœuvre. En l'espèce, l'organe public a collaboré à la médiation et le requérant a été clairement informé de la conséquence d'une absence injustifiée à la séance de médiation, de sorte qu'il ne saurait se plaindre d'un formalisme excessif.

En raison du caractère obligatoire de la procédure de médiation, c'est à juste titre que la Préposée a clos la *procédure*. En effet, si une partie pouvait d'emblée se dispenser de la médiation et réclamer une recommandation, cette étape pourrait être systématiquement contournée, ce qui n'était pas la volonté du législateur.

### 3. Mise en œuvre des accords de médiation

La *mise en œuvre des accords* ne fait pas l'objet d'articles dans la LInf et l'OAD, sauf dans l'art. 14 al. 3 OAD qui prévoit que lorsque la médiation aboutit, l'accord est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire. L'accord ne doit pas être intégré dans une décision administrative pour avoir une portée juridique<sup>50</sup>. La question se pose de savoir ce qui doit être entrepris quand une partie estime que l'accord n'a pas été respecté. Dans la pratique, le suivi de la mise en œuvre par la Préposée est souvent souhaité par les parties.

Dans un cas récent qui a abouti à une décision du Tribunal cantonal<sup>51</sup>, la requérante a estimé que *l'accord n'avait pas été respecté* au vu des documents transmis suite à la médiation, et recouru au Tribunal cantonal contre ce qu'elle considérait comme un refus de donner accès aux documents faisant l'objet de l'accord (art. 113 CPJA). Elle a aussi déposé une action de droit administratif (art. 121 CPJA), l'accord de médiation étant un contrat de droit administratif<sup>52</sup>.

Le Tribunal cantonal a décidé que le recours et l'action étaient irrecevables. Dans le cas d'espèce, le Tribunal cantonal a indiqué que l'accord n'était pas justiciable car formulé dans des termes très généraux, il s'apparentait plutôt à une « déclaration d'intention »<sup>53</sup>. Dès lors, la requérante devait se tourner

---

49 TF, 1C\_353/2019, 18 mars 2020, consid. 4.2.

50 WALDMANN, Verfahren, p. 14.

51 TC FR, 601 2019 207, 14 mai 2020.

52 WALDMANN, Verfahren, p. 14, GUY ECABERT, Art. 13, in : Brunner/Mader (édit.), *Öffentlichkeitsgesetz*, Berne, 2008, p. 166.

53 TC FR, 601 2019 207, 14 mai 2020, p 5.

vers la Préposée pour une demande de reconsidération ou d'interprétation de la décision constatatoire ayant mis fin à la demande d'accès.

Cet arrêt du Tribunal cantonal a fait l'objet de discussion dans la doctrine : l'arrêt du Tribunal fédéral (cf. *supra* IV A 2) qui qualifie le classement d'une requête en médiation de décision amène des conséquences, par exemple dans le cas de classements de requêtes en médiation suite à des accords. Dans ces cas, la voie de recours est ouverte (cf. *supra* IV A 2)<sup>54</sup>. Ainsi, la question de savoir quels moyens les particuliers ont lorsqu'ils sont d'avis qu'un accord de médiation n'a pas été mis en œuvre correctement n'est pas encore entièrement résolue<sup>55</sup>.

Les accords de médiation prévoient parfois une *suspension* de la procédure de médiation pendant l'exécution de l'accord, ce qui permet à la Préposée d'intervenir de nouveau de façon pragmatique, par exemple en invitant les parties à une nouvelle séance de médiation et/ou en constatant l'échec de la médiation avant de rendre une recommandation. La loi ne prévoit pas expressément cette compétence de suspension pendant la mise en œuvre des accords de médiation ; elle ne l'exclut pas non plus. Il s'est parfois avéré utile dans la pratique de suivre cette voie<sup>56</sup>.

## B. Accords

Dans plus de deux tiers des médiations devant la Préposée, la procédure de médiation permet d'aboutir à *un accord*, si bien que l'on peut admettre que l'objectif du législateur est atteint : la médiation permet dans une majeure partie des cas d'éviter l'engagement de procédures contentieuses en résolvant les conflits qui n'ont pu être réglés durant la phase initiale de traitement de la demande d'accès<sup>57</sup>. On distingue deux catégories d'accords de médiation : les *accords sur la portée du principe de la transparence* (1) et les *accords sur la procédure* (2).

### 1. Accords de contenu

Un accord de contenu porte sur le contenu de la demande d'accès<sup>58</sup>. Il consiste en un accord entre les parties sur l'obtention des documents, l'énumération de documents ou l'obtention d'informations par exemple.

---

54 WALDMANN, Verfahren, p. 22.

55 WALDMANN, Verfahren, p. 22-23.

56 WALDMANN, p. 213-214 ; STOFFEL/ZUNZER RAEMY, p. 241.

57 Message LInf, 949 ss.

58 WALDMANN, p. 212-214, STOFFEL/ZUNZER RAEMY, p. 230.

### a. Obtention de documents

Lors de la séance de médiation, il arrive que l'organe public *octroie l'accès* au document, parfois de manière restreinte ou différée<sup>59</sup>.

Tel fut le cas, par exemple dans le cadre d'une demande d'accès d'une association à un tableau concernant *l'état des lieux en matière d'assainissement du bruit routier*. En l'absence d'une réponse de l'organe public, une requête en médiation a été déposée auprès de la Préposée. Lors de la séance de médiation, les parties ont convenu d'un accès différé (le tableau a été mis à disposition) et d'un accès restreint (caviardage des données personnelles) afin de protéger les tiers concernés<sup>60</sup>.

Dans une autre affaire, la demande d'accès portait sur un *rapport d'enquête administrative*. Suite au refus de l'organe public, une requête en médiation a été déposée. Lors de la séance de médiation, les parties ont convenu d'un accès partiel avec un caviardage qui avait pour but de garantir la protection des données des personnes mentionnées ou qui s'étaient exprimées dans le cadre de l'enquête. Après consultation des tiers, qui ont donné leur accord à l'accès partiel prévu, l'accès restreint au rapport a été octroyé.

### b. Désignation de documents

Lorsque la demande d'accès porte sur plusieurs documents, *leur identification* peut s'avérer complexe. La séance de médiation peut aboutir à un accord qui désigne clairement les documents recherchés et les énumère en vue de leur accès. L'organe public a un devoir d'assistance (art. 32 al. 1 LInf) qui consiste à aider les personnes à identifier les documents sollicités, désigner les documents dans lesquels les informations recherchées résident et dresser une liste des documents sollicités<sup>61</sup>. Il s'agit dans ces cas d'une concrétisation de l'obligation de collaborer et du devoir d'assistance de l'organe public (cf. *supra* II A 3).

À titre d'exemple, une demande d'accès portait sur certains postes *des comptes d'un établissement* pendant plusieurs années. La personne qui avait demandé l'accès n'était pas satisfaite de la détermination de l'établissement et a déposé une requête en médiation auprès de la Préposée. Le requérant étant à la recherche d'informations déterminées, la séance de médiation a servi à identifier et à lister les comptes pertinents. Il a été convenu que le requérant déposerait une nouvelle demande d'accès pour les comptes concernés puisqu'elle nécessitait un nouvel examen qui ne pouvait avoir lieu lors de la

---

59 STOFFEL/ZUNZER RAEMY, p. 230.

60 STOFFEL/ZUNZER RAEMY, p. 231.

61 STOFFEL/ZUNZER RAEMY, p. 234.

séance de médiation (cf. *supra* III A 2)<sup>62</sup>. Il s'agissait là d'un accord *mixte* puisqu'il portait autant sur le contenu de la demande d'accès que sur la suite à donner à la procédure.

### c. Obtention d'informations

Il arrive que la demande d'accès puisse en réalité être satisfaite par *la transmission d'informations*, sans nécessairement octroyer l'accès au document demandé. La procédure selon la LInf n'est applicable que pour les demandes d'accès à un document officiel et non pour les demandes d'informations, cependant certains accords de médiation portent sur des informations<sup>63</sup>. Tel peut être le cas, lorsque la personne recherche une information tout en ne sachant pas réellement si elle se retrouve dans le document auquel l'accès est demandé. La séance de médiation consiste alors en une discussion, et la transmission d'informations de l'organe public mène la personne à renoncer à l'accès au document initialement demandé<sup>64</sup>.

Par exemple, à la suite d'une *directive imposant le port du masque* par le personnel dans les crèches fribourgeoises, une association a demandé l'accès à des documents à ce sujet auprès de la Direction compétente. N'ayant pas reçu de réponse, l'association a déposé une requête en médiation. La séance de médiation a permis divers échanges entre l'association et la Direction, si bien que l'association s'est déclarée satisfaite des informations reçues<sup>65</sup>.

## 2. Suite de la médiation : accords sur la procédure

Un accord de procédure consiste pour les parties à se mettre d'accord sur la suite de la procédure. Un accord de procédure ne concerne pas le fond de l'affaire, mais uniquement la façon dont va se dérouler la procédure d'accès<sup>66</sup>. C'est le cas lorsque l'organe public entend accorder l'accès au document requis, mais que des tiers doivent encore être consultés pour qu'ils puissent s'opposer à l'accès en invoquant un intérêt privé prépondérant (art. 27-28 et art. 32 al. 2 LInf). Un autre exemple est celui où l'organe public s'engage à procéder à des recherches plus approfondies afin de trouver le document demandé en application de son devoir d'assistance (art. 32 al. 1 LInf). Ces accords peuvent aussi

---

62 STOFFEL/ZUNZER RAEMY, p. 235.

63 Quand bien même des informations ne peuvent faire l'objet d'une demande d'accès à un document officiel (art. 31 ss LInf), les organes publics ont le devoir de répondre aux demandes de renseignements dans le cadre de l'information active du public (art. 8 al. 1 let. b LInf).

---

64 STOFFEL/ZUNZER RAEMY, p. 235-236.

65 STOFFEL/ZUNZER RAEMY, p. 236.

---

66 WALDMANN, p. 212-214, STOFFEL/ZUNZER RAEMY, p. 230.

contenir une clause qui suspend la procédure de médiation, laissant ainsi la possibilité de la reprendre plus tard<sup>67</sup>.

Par exemple, un journaliste a demandé l'accès à *deux rapports historiques concernant la décharge de la Pila*. La DIME s'est déterminée en faveur d'un accès différé, soit après la fin de procédures administratives et judiciaires en cours qui concernaient l'assainissement de la décharge. La séance de médiation n'a pas permis de trouver un accord mais, lors des échanges par courriels qui s'en sont suivis, les parties ont convenu que l'accès serait octroyé à la fin des procédures en cours, mais au plus tard au bout d'un délai fixé, tout en suspendant la procédure de médiation jusqu'à cette date<sup>68</sup>. Au bout du délai, la DIME a refusé l'accès aux documents tant que les procédures étaient toujours en cours. La procédure de médiation a repris et après son échec, la Préposée a recommandé d'octroyer l'accès aux documents<sup>69</sup>. Suite à cette recommandation, la DIME a refusé l'accès tant que les procédures étaient en cours. Le journaliste a fait recours au Tribunal cantonal, les documents ont été transmis avant sa décision<sup>70</sup>.

Dans un autre cas, un journaliste demandait l'accès auprès d'un organe public à des documents historiques qui concernaient *l'implantation d'une entreprise* dans le canton de Fribourg. Considérant que les documents qui lui avaient été fournis étaient incomplets, il a déposé une requête en médiation auprès de la Préposée. Lors d'une première séance de médiation, les parties ont convenu d'une suspension de la médiation afin que les éventuels autres documents puissent être recherchés. L'organe public ayant retrouvé des documents, une seconde séance de médiation a eu lieu durant laquelle les parties ont convenu d'un rendez-vous. Le requérant a ensuite indiqué ne pas souhaiter continuer les démarches.

On notera que certains cas se résolvent alors que la médiation n'a pas encore formellement commencé ; il arrive que le simple fait de déposer une requête en médiation permette de débloquer la situation, parfois parce que l'organe public revoit sa position et octroie l'accès<sup>71</sup>. Dans ce cas de figure, il s'agit d'une forme *d'effet anticipé de la médiation* : il n'y a pas d'accord conclu sous la médiation de la Préposée, mais un accord « extra procédural » qui mène la Préposée à classer la requête en médiation puisqu'elle est devenue sans objet<sup>72</sup>.

---

67 STOFFEL/ZUNZER RAEMY, p. 237-238.

68 STOFFEL/ZUNZER RAEMY, p. 239. TC FR, 601 2020 131, 29 janvier 2021.

69 Recommandation de la Préposée du 26 mai 2020.

70 TC FR, 601 2020 131, 29 janvier 2021.

71 STOFFEL/ZUNZER RAEMY, p. 239-240.

72 WALDMANN, p. 212-214.

## V. Les requêtes en groupe

Ces dernières années, des demandes d'accès ont été déposées en groupe (A). Dans les cas où elles n'ont pas été satisfaites et en cas de litige par rapport à l'accès, elles ont mené à des requêtes en médiation en groupe. Il a donc fallu organiser la procédure de manière à pouvoir les traiter (B).

### A. Une nouvelle manière d'utiliser le droit d'accès

Le droit d'accès est, depuis 2019, de plus en plus utilisé en groupe. Dans ce genre de cas, plusieurs personnes ont demandé l'accès aux mêmes documents auprès d'un ou plusieurs organes publics, de façon organisée.

#### 1. Les éoliennes et le rapport d'audit

Les demandes d'accès en lien avec des documents sur les *éoliennes* en est le principal exemple. Des associations et de nombreux citoyen-ne-s ont formulé des demandes d'accès auprès de l'administration cantonale ainsi qu'auprès de communes. Il y avait dans ces cas non seulement une multiplicité de requérant-e-s, mais aussi plusieurs organes publics qui ont traité de demandes d'accès similaires. Pour ces demandes d'accès, la Préposée a été saisie de 55 requêtes en médiation. Parmi ces procédures, 27 requêtes ont abouti à cinq recommandations<sup>73</sup>, dont trois ont fait l'objet d'une décision négative. Deux recours auprès de Préfectures sont pendants<sup>74</sup>.

Un autre exemple est celui du rapport d'audit du RSSV : dans ce cas, après un grand nombre de demandes d'accès, douze requêtes en médiation ont été déposées auprès de la Préposée afin d'avoir accès au rapport<sup>75</sup>.

#### 2. Séance de coordination

Dans le cas des éoliennes, au vu du grand nombre de demandes d'accès qui portaient sur les mêmes documents et du grand nombre de communes concernées, la Préposée a organisé *une séance facultative et informelle de coordination*. Elle s'est déroulée en présence de requérant-e-s qui avaient fait les demandes d'accès ainsi que de communes concernées par ces demandes. Le but de cette démarche était de favoriser l'organisation de la procédure de manière transparente et efficace, pour éviter les doublons.

---

73 Recommandations de la Préposée du 29 avril 2021, du 28 mai 2021, du 12 juillet 2021 (deux recommandations) et du 21 janvier 2022 (état le 30 mars 2022).

74 Plusieurs milliers de documents ont été transmis, état le 1<sup>er</sup> mars 2022.

75 Recommandation de la Préposée du 1<sup>er</sup> octobre 2019.

La séance a permis à la Préposée *d'informer* de manière générale les participant-e-s sur le cadre juridique de la LInf et de répondre aux questions posées par les communes et les requérant-e-s.

Elle a abouti à la proposition par les communes et les participant-e-s de prévoir une *liste de documents* qui ont été transmis et de rendre cette liste accessible à toutes et à tous à travers sa publication sur Internet. En l'occurrence, l'Association des Communes Fribourgeoises (ACF) s'est mise à disposition (cf. *infra* V B 1 et V B 2)<sup>76</sup>.

## B. La médiation de groupe

Lorsque l'accès aux documents sollicités en groupe est litigieux, cela peut mener à *des requêtes en médiation de groupe*. Cela a été par exemple le cas lors de demandes d'accès à des documents en lien avec les éoliennes ou du rapport d'audit du RSSV. Ces diverses requêtes en médiation ont amené la Préposée à mettre sur pied une procédure de médiation de groupe afin, d'une part, de permettre de répondre aux requêtes dans les délais et, d'autre part, de garantir les droits des requérant-e-s, en particulier en ce qui concerne l'égalité de traitement.

La Préposée conduit librement la procédure de médiation (art. 14 al. 2 OAD) : plusieurs solutions sont envisageables selon les situations et le nombre de parties à la procédure. Ces solutions ont pour objectifs de prévoir la transparence dans la façon de procéder lors de la médiation.

### 1. Organisation des séances

La Préposée a choisi dans le cas des médiations de groupe de réunir les médiations et d'ainsi organiser *une procédure de médiation pilote* par organe public, soit par commune dans le cas des éoliennes, en présence des requérant-e-s. Les requérant-e-s avaient la possibilité de se faire représenter. Pour ce faire, il a été nécessaire d'avoir l'accord de chaque personne. Suivant les cas, les requérant-e-s ont assisté en commun aux séances de médiation, ou ont choisi des représentant-e-s de manière individuelle, ou pour plusieurs d'entre eux, ou encore se sont mutuellement représentés.

Par analogie avec la procédure au niveau fédéral, la Préposée peut aussi réaliser la médiation par écrit puis rendre une recommandation si les requérant-e-s ne peuvent ou ne veulent pas désigner de représentant-e-s et qu'il serait disproportionné d'entendre tous les requérant-e-s lors d'une séance<sup>77</sup>.

---

76 Voir <https://perma.cc/Q2L2-6QVL>, accès le 30 mars 2022. Un peu moins de 600 documents figurent sur cette liste.

77 WALDMANN, p. 206; Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, FF 2003 1807, 1862-1863; GUY ECABERT, p. 256-257; BHEND/SCHNEIDER, Art. 13

Dans les cas où la médiation a échoué, la Préposée a rendu une seule recommandation pour toutes les requêtes en médiation adressées à l'organe public concerné. Pendant la médiation, il est arrivé que certain-e-s requérant-e-s retirent leur requête, par exemple lorsque les informations fournies par l'organe public les ont satisfaits. Dans ces cas, leurs requêtes en médiation ont été closes, alors que les autres ont suivi leur cours<sup>78</sup>.

Parfois, suite à la recommandation de la Préposée et la décision de la commune de ne pas transmettre de documents, de nouvelles demandes d'accès ont été déposées, par d'autres requérant-e-s, à des documents similaires et auprès de la même commune. Dans ce type de cas, la Préposée a choisi de réaliser la deuxième procédure de *médiation par écrit*, après la procédure de médiation pilote, par souci d'économie de procédure. En effet, on pouvait s'attendre à ce que les positions des parties et de la commune soient les mêmes, ce qui a effectivement été le cas. Après l'échec de la médiation, la Préposée a rendu une nouvelle recommandation qui reposait sur la première (cf. *supra* V A 2 et *infra* V B 2)<sup>79</sup>.

Ces demandes d'accès qui portaient sur les mêmes documents et ces nombreuses requêtes en médiation ont posé la question de la manière dont *l'issue* de ces médiations doit être traitée. La Préposée a choisi, avec l'accord des parties ou selon leurs suggestions, de rendre transparent le contenu des accords de médiation ainsi que l'existence des documents sollicités.

## 2. Transparence procédurale

Si de nombreux documents similaires sont détenus par plusieurs communes (par exemple courriels à des communes de la part de la Direction cantonale compétente ou de sociétés d'énergie, présentations d'études et de projets auprès des communes, etc.), il s'est avéré utile de rendre accessible aux requérant-e-s et aux communes *la liste des documents* qui ont été transmis (cf. *supra* V A 2 et V B 1). Cela permet d'améliorer la coordination et de mettre toutes les personnes et communes impliquées sur un pied d'égalité.

Une telle liste a dans le cas du dossier des éoliennes été établie, et publiée sur le site Internet de l'ACF<sup>80</sup>. La liste contient pour chaque document transmis, le titre du document, cas échéant caviardé afin de protéger les données

---

BGÖ, in: Maurer-Lambrou/Blechta (édit.), DSK BGÖ, Bâle 2014, p. 833; FLUECKIGER, II. C. 2. b (l'auteur mentionne la vidéoconférence comme nouvelle solution pour mener des séances de médiation).

---

78 Recommandations de la Préposée du 29 avril 2021, du 28 mai 2021, du 12 juillet 2021 (deux recommandations) et du 21 janvier 2022.

---

79 Voir les Recommandations de la Préposée du 12 juillet 2021 et du 21 janvier 2022.

---

80 La liste est accessible ici : <https://perma.cc/Q2L2-6QVL> (accès le 30 mars 2022).

personnelles, sa date de création, sa date de transmission et le nom de la commune qui l'a transmis.

Dans plusieurs procédures de médiation, un accord listait les documents existants. Il a été convenu par les requérant-e-s et les communes que *ces accords soient mis en ligne* sur les sites Internet des communes concernées, en caviardant les noms des personnes présentes à la séance de médiation pour garantir la protection des données. Un tel procédé a été choisi, comme dans le cas de la liste des documents disponible sur le site Internet de l'ACF, afin de mettre les communes et les requérant-e-s sur un pied d'égalité : l'existence des documents était ainsi connue par les autres requérant-e-s et les autres communes<sup>81</sup>.

## VI. Conclusion

La transparence est un nouveau principe qui a commencé à faire son chemin et être découvert, notamment par la presse. Elle commence à jouer un rôle croissant dans le débat politique. Elle permet ainsi de clarifier les faits de façon salutaire pour tout le monde. On constate que ce sont surtout les privés qui ont eu recours au droit d'accès pendant la première moitié de son existence. Alors que dans la deuxième moitié, c'est aussi la connotation politique qui a joué un rôle. Dans l'ensemble, le nombre de demandes d'accès et de requêtes en médiation a fortement augmenté. Ces cas sont aussi devenus plus complexes, notamment par l'apparition des demandes en groupe.

Les questions de mise en œuvre du droit d'accès aux documents officiels ne sont pas toujours faciles. Prévoir une procédure de médiation pour un droit fondamental n'est pas évident, mais la médiation s'est avérée utile dans la pratique puisqu'elle a permis de régler une grande partie des cas. Le droit d'accès ne peut souvent être utilisé par les citoyen-ne-s que si l'administration assiste les requérant-e-s pour identifier les documents recherchés. La médiation est un moyen d'organiser cette assistance de façon pragmatique. En effet, sans cette assistance et sans cette organisation des documents, certaines demandes ne pourraient pas être résolues.

De surcroît et sur un terrain plus terre-à-terre, la médiation peut s'avérer utile dans le cadre de demandes d'accès, soit parce que l'administration peut mieux comprendre ce que les requérant-e-s veulent, soit parce que les requérant-e-s peuvent réaliser où se situent les problèmes pratiques. Ainsi, ils peuvent être amenés à spécifier plus en détails leur demande d'accès aux documents.

---

81 Les accords concernés sont accessibles sur les sites Internet suivants : <https://perma.cc/YJ5C-TQ8H>, <https://perma.cc/H39Q-FXSW>, <https://perma.cc/C34V-3DNK>, (accès le 18 mars 2022).

## VII. Bibliographie

- BELSER EVA MARIA / CATTILAZ GÉRALDINE, Der grundrechtliche Anspruch auf Zugang zu Information und Dokumenten, in : Waldmann Bernhard / Bergamin Florian (édit.), 10 ans LInf Fribourg : La mise en œuvre du principe de la transparence dans le canton de Fribourg – quelques aspects choisis, Berne 2021, p. 65–91.
- BERGAMIN FLORIAN, Rechtsprechung zum InfoG, in : Waldmann Bernhard / Bergamin Florian (édit.), 10 ans LInf Fribourg : La mise en œuvre du principe de la transparence dans le canton de Fribourg – quelques aspects choisis, Berne 2021, p. 43–62.
- BERGAMIN FLORIAN / HÖCHNER CLAUDIA, Regelungsgegenstand und Geltungsbereich des InfoG, in : Waldmann Bernhard / Bergamin Florian (édit.), 10 ans LInf Fribourg : La mise en œuvre du principe de la transparence dans le canton de Fribourg – quelques aspects choisis, Berne 2021, p. 93–119.
- BHEND JULIA / SCHNEIDER JÜRIG, Art. 13 BGÖ, in : Maurer-Lambrou Urs / Blechta Gabor P. (édit.), Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, Bâle 2014, p. 827ss.
- BOILLAT JOSÉPHINE / WERLY STÉPHANE, Le principe de la transparence dans les cantons romands, in : ASDPO/SVVOR, Annuaire/Jahrbuch 2019/2020, p. 31–58.
- Brunner Stephan C. / Mader Luzius (édit.), Öffentlichkeitsgesetz, Berne 2008.
- COTTIER BERTIL
- Le droit d'accès aux documents officiels, in : Métille Sylvain (édit.), Le droit d'accès, Berne 2021, p. 139–161.
  - Transparence et protection des données, in : Waldmann Bernhard / Bergamin Florian (édit.), 10 ans LInf Fribourg : La mise en œuvre du principe de la transparence dans le canton de Fribourg – quelques aspects choisis, Berne 2021, p. 159–176.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, la transparence des données personnelles au service de l'intégrité de l'administration publique, in : ASDPO/SVVOR, Annuaire/Jahrbuch 2019/2020, p. 77–91.
- GUY ECABERT CHRISTINE, Art. 13, in : Brunner Stephan C. / Mader Luzius (édit.), Öffentlichkeitsgesetz, Berne 2008, p. 247ss.

GUY ECABERT CHRISTINE, La juridicisation du règlement amiable des conflits administratifs en droit fédéral, LeGes 2005/2, p. 97ss.

Maurer-Lambrou Urs / Blechta Gabor P. (édit.), Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, Bâle 2014.

Métille Sylvain (édit.), Le droit d'accès, Berne 2021.

MONTAVON MICHAEL / VOLLERY LUC, Adaptation des législations cantonales sur la transparence à la Convention d'Aarhus – L'exemple de Fribourg, URP/DEP/DAP 2017/5, p. 459ss.

SCHMITT NICOLAS, Candide au Pays de la transparence, in : Waldmann Bernhard / Bergamin Florian (édit.), 10 ans LInf Fribourg : La mise en œuvre du principe de la transparence dans le canton de Fribourg – quelques aspects choisis, Berne 2021, p. 15–42.

STOFFEL MARTINE / ZUNZER RAEMY ANNETTE, Gros plan sur les accords de médiation en transparence – approche empirique, in : Waldmann Bernhard / Bergamin Florian (édit.), 10 ans LInf Fribourg : La mise en œuvre du principe de la transparence dans le canton de Fribourg – quelques aspects choisis, Berne 2021, p. 223–242.

STOFFEL MARTINE / GASSER SIMON, Dix ans de la transparence – Un aperçu des recommandations, RFJ/FZR 2020/4, p. 317ss.

VOLLERY LUC, La loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents, RFJ/FZR 2009/4.

Waldmann Bernhard / Bergamin Florian (édit.), 10 ans LInf Fribourg : La mise en œuvre du principe de la transparence dans le canton de Fribourg – quelques aspects choisis, Berne 2021.

WALDMANN BERNHARD

- Procédure d'accès aux documents officiels, in : Waldmann Bernhard / Bergamin Florian (édit.), 10 ans LInf Fribourg : La mise en œuvre du principe de la transparence dans le canton de Fribourg – quelques aspects choisis, Berne 2021, p. 177–221.
- Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten: immer weiter weg vom ursprünglichen Konzept, RFJ/FZR 2020/1, p. 1–23.



Christine Sayegh

# Les 20 ans de la LIPAD – Période de 2001-2009

<b>I. Historique</b> .....	205
<hr/>	
<b>II. La transparence de l'administration publique du canton de Genève</b> .....	205
<b>A. Objectifs</b> .....	205
<b>B. Définition</b> .....	205
<b>C. Les autorités concernées</b> .....	205
<b>D. Publicité des séances des institutions concernées</b> .....	206
<b>E. Accès aux documents</b> .....	206
<b>F. Définition du document</b> .....	206
<hr/>	
<b>III. Mise en œuvre</b> .....	206
<b>A. Dispositions transitoires</b> .....	206
<b>B. Procédure d'accès aux documents (art. 28 LIPAD)</b> .....	207
<hr/>	
<b>IV. Médiation: mode de résolution des conflits (art. 30-32 LIPAD) (version initiale)</b> .....	207
<hr/>	
<b>V. Appréciation de l'intérêt du public à l'information dont le but principal est de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique</b> .....	208
<hr/>	
<b>VI. Procédure de médiation ou de préavis</b> .....	209
<hr/>	
<b>VII. Activités de la médiatrice</b> .....	209
<b>A. L'activité</b> .....	209
<b>B. Traitement des requêtes parvenues au bureau de     la médiation</b> .....	210

<b>C. Recommandation de la médiatrice en cas d'échec de la médiation</b> .....	<b>210</b>
<b>D. Le contentieux</b> .....	<b>211</b>
<hr/>	
<b>VIII. Activités annexes de la médiatrice</b> .....	<b>213</b>
<hr/>	
<b>IX. Conclusions</b> .....	<b>214</b>

## I. Historique

C'est en 1977 déjà, le Conseil d'État genevois a été saisi d'une première motion relative à la transparence administrative, mais il a refusé d'entrer en matière<sup>1</sup>. Toutefois, l'idée fait son chemin au sein du Grand Conseil, avec une nouvelle motion, un projet de loi émanant de députés ainsi qu'une pétition, adressés au Conseil d'État. En date du 5 octobre 2001, la loi sur l'information du public et l'accès aux documents (LIPAD) était votée et le 1<sup>er</sup> mars 2002, elle entrait en vigueur<sup>2</sup>.

Il aura donc fallu vingt-cinq ans depuis la première tentative parlementaire à Genève pour que le principe de l'information du public sur les activités étatiques et paraétatiques soit ancré dans la loi.

La LIPAD opère un véritable changement de culture dans l'administration en renversant le principe du secret entourant les activités des institutions publiques, étatiques et des collectivités publiques<sup>3</sup>.

## II. La transparence de l'administration publique du canton de Genève

### A. Objectifs

La teneur initiale de l'art. 1 al. 2 LIPAD était la suivante<sup>4</sup> : « [La loi] a principalement pour but de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique ».

### B. Définition

Selon le principe de l'information du public, les institutions communiquent spontanément au public les informations qui sont de nature à l'intéresser, à moins qu'un intérêt prépondérant s'y oppose (art. 16 LIPAD).

### C. Les autorités concernées

Les autorités concernées sont les autorités cantonales exécutives, législatives et judiciaires ainsi que les autorités exécutives et délibératives communales du canton (art. 2 LIPAD).

---

1 Mémorial 1977, p. 4288.

2 Schulthess 2006, la mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration, édité par le Professeur Alexandre Flückiger. Le bilan de la transparence dans le canton de Genève, Christine Sayegh, p. 55-66.

3 *Op. cit.* p. 56 II lit A.

4 RS/GE 2002 A 2 08 au 20 avril 2002.

#### **D. Publicité des séances des institutions concernées**

Sauf exceptions définies par la loi (séances non publiques ou à huis clos), les séances des institutions sont publiques

#### **E. Accès aux documents**

Toute personne a accès aux documents en possession des institutions (art. 24 al. 1 LIPAD) sauf exception prévue ou réservée. L'accès (art. 24 al. 2 LIPAD) comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies.

Les membres des organes ou le personnel des institutions qui sont appelés à répondre à des demandes (...) ne doivent pas fournir d'informations orales (art. 24 al. 3 LIPAD).

#### **F. Définition du document**

Sont des documents tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'exécution d'une tâche publique (art. 25 LIPAD).

### **III. Mise en œuvre**

#### **A. Dispositions transitoires**

Les institutions et les autorités concernées disposaient d'un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi, soit jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 2004, pour adopter et mettre en œuvre des systèmes de classement de l'information et des documents qu'elles détiennent qui soient adaptés aux exigences de la LIPAD<sup>5</sup>.

Toutefois, il s'est avéré que la LIPAD répondait à une attente manifeste du public dès son entrée en vigueur, car les premières demandes d'accès aux documents, reçues par les services publics ne se sont pas fait attendre, ni, en cas de refus, les requêtes adressées au secrétariat de la médiatrice les 18 et 19 avril 2002<sup>6</sup>.

Il y a lieu de saluer l'effort d'accès à l'information déployé par les institutions et les collectivités publiques en général. Cela a nécessité la contribution active de la médiatrice, qui a été fréquemment consultée afin d'obtenir son avis sur les règlements internes en matière de LIPAD, ainsi que sur la possibilité de mettre certains documents sur Internet<sup>7</sup>.

---

5 Art. 41 dispositions transitoires LIPAD état 20 avril 2002.

6 Rapport annuel RD 485.

7 *Op. cit.* ch. 6 activité annexe de la médiatrice.

Les services cantonaux principalement concernés et la médiatrice se sont réunis à plusieurs reprises afin de bien préciser leurs compétences respectives et mettre en place une procédure adéquate, efficace et rapide de l'accès aux documents.

### **B. Procédure d'accès aux documents (art. 28 LIPAD)**

- La demande d'accès aux documents n'est en principe soumise à aucune exigence de forme. Elle n'est pas motivée, mais doit contenir des indications suffisantes pour permettre l'identification du document recherché.
- L'Institution traite rapidement les demandes d'accès.
- La consultation sur place est gratuite.

## **IV. Médiation : mode de résolution des conflits (art. 30-32 LIPAD) (version initiale)**

Pour rappel, la médiation est un mode alternatif de résolution des conflits qui a fait ses preuves dans une conception inchangée depuis le XIV<sup>e</sup> siècle et qui conserve ses chances dans bien des domaines et notamment lorsqu'il s'agit de divergences sur l'application de la loi. La médiation voit en priorité, non l'objet du litige mais le blocage de la communication entre les parties en conflit, lesquelles sont dans l'incapacité voire l'impossibilité de résoudre la différence de vue qui les oppose<sup>8</sup>. La médiation jouit d'un regain d'intérêt depuis une trentaine d'années et favorise ainsi, dans un cadre neutre, un rapprochement entre les parties en vue d'éliminer leurs divergences.

Désignation de la personne en charge de la médiation : À teneur de l'art. 30 LIPAD et sur proposition du Conseil d'État, confirmée par le Grand Conseil, la personne en charge de la procédure initiale de résolution des conflits est désignée, à savoir la soussignée<sup>9</sup>, ainsi qu'un médiateur suppléant, pour une durée de quatre ans (art. 30, al. 1 LIPAD), avec la précision que le secrétariat de médiation est rattaché administrativement à la Chancellerie de l'État.

Nouvelle prestation publique : S'agissant d'une nouvelle prestation offerte à la population par les services publics, de nombreuses questions allaient se poser sur la mise en œuvre de la loi tant au niveau des administrations publiques que sur les modalités pour une procédure de médiation adéquate en cas de refus d'accès au document souhaité.

---

8 Semaine judiciaire SJ 2003 II, p. 271.

9 Christine Sayegh, avocate, députée au Grand Conseil de 1990-2001 et présidente du Grand Conseil (1996-1997).

Organisation du service de médiation : En application de l'art. 30 al. 2 LIPAD, le médiateur dispose d'un secrétariat rattaché administrativement à la Chancellerie d'État.

La médiatrice a bénéficié des services d'une infrastructure étatique existante et adéquate pour le traitement du courrier et des requêtes en médiation et la gestion des dossiers<sup>10</sup>.

Sa position était à la fois de remplir une tâche de droit public sans pour autant être intégrée dans la fonction publique.

## **V. Appréciation de l'intérêt du public à l'information dont le but principal est de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique**<sup>11</sup>

Cette ouverture sur la transparence de l'activité publique a été très bien reçue par la population et a engendré sans délai un surcroît de travail important pour les services publics. Dès l'entrée en vigueur de la loi, le 1<sup>er</sup> mars 2002, les appels téléphoniques se sont multipliés dans les services cantonaux et communaux avec des demandes qui relevaient plus souvent du renseignement que de l'accès à des documents comme le prévoyait la loi.

On peut ainsi en conclure que la LIPAD correspondait à une vraie attente du public.

Le bureau de la médiation a reçu sa première requête le 18 avril 2002 soit moins de deux mois après l'entrée en vigueur de la loi alors qu'il était prévu, dans ses dispositions transitoires, d'accorder une période de deux ans aux institutions publiques concernées pour mettre en œuvre des systèmes de classement de l'information et des documents qu'elles détiennent et qui répondent aux exigences de la loi<sup>12</sup>.

En conséquence, dès l'entrée en vigueur de la LIPAD et afin d'assurer une application conforme de la loi, plusieurs rencontres très positives et très riches d'échanges entre la médiatrice et principalement les services de l'État ont été organisées pour avoir la même lecture de la loi en cas de requête éventuelle en médiation.

---

10 *Op. cit.* RD 485 ch 7.

11 Art. 1 al. 2 LIPAD.

12 Art. 41 al. 1 LIPAD.

À ce sujet, il y a lieu de relever que ces rencontres ont été très constructives et ont permis de bien cibler l'objectif des demandes faites au nom de la LIPAD, exercice délicat, et de garantir l'information du public en respectant l'esprit de la loi, ses conditions et ses exceptions.

Ces rencontres se sont d'ailleurs poursuivies lors de l'émission des directives internes pour lesquelles la médiatrice a été consultée.

## VI. Procédure de médiation ou de préavis

Les conditions de recevabilité d'une requête pour ouvrir une procédure de médiation ou de préavis<sup>13</sup> se présentent ainsi :

Le médiateur est saisi d'une requête écrite de médiation ou d'un préavis sommairement motivé, à l'initiative :

- d'un requérant dont la demande d'accès à un document n'est pas satisfaite,
- d'une institution ou d'un tiers opposé à la communication de documents susceptibles de compromettre des intérêts protégés par l'art. 26, à savoir les documents à la communication desquels un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose,
- de l'institution concernée dans les cas où son préavis doit être requis en vertu de la présente loi,
- de même si une institution tarde à se déterminer sur une demande d'accès à un document.

## VII. Activités de la médiatrice

### A. L'activité

L'activité revêt un aspect juridique non négligeable. L'examen de recevabilité des requêtes fait appel à des notions de droit précises. Ensuite, et dans l'hypothèse où la médiation échoue, le médiateur doit formuler ses recommandations non seulement en relevant les éléments de convergence des parties mais aussi en rappelant l'objectif de la LIPAD afin de favoriser, si possible, une nouvelle approche plus positive des parties, sans pour autant aborder le droit de fond, compétence qui appartient à la juridiction qui sera éventuellement saisie<sup>14</sup>.

---

13 Art. 32 LIPAD (5 octobre 2001).

14 Secrétariat du Grand Conseil RD 485 ch. 5.

## **B. Traitement des requêtes parvenues au bureau de la médiation**

À réception des requêtes, la médiatrice vérifie les conditions de recevabilité et prend connaissance des motivations de refus de l'accès aux documents.

Dans l'hypothèse où les conditions légales de recevabilité sont réunies, elle prend contact avec chacune des parties et après instruction, si la divergence d'appréciation est levée, la médiation aboutit.

En cas d'échec de la médiation, la médiatrice formule à l'adresse du requérant ainsi que de l'institution (voire des institutions concernées) une recommandation écrite sur la communication du document considéré. Dans les dix jours suivant la réception de la recommandation, l'institution (ou les institutions concernées) rend une décision formelle sur la communication du document considéré. Cette décision est sujette à un recours devant le Tribunal cantonal administratif, ouvrant le cas échéant une procédure judiciaire<sup>15</sup>.

Au total 73 requêtes, soit une moyenne annuelle de 9, ont été adressées à la médiatrice entre 2002, année d'entrée en vigueur de la LIPAD, et décembre 2009,

- a) période 2002-2003 : 11 demandes de médiation.
- b) période 1<sup>er</sup> mars 2003-19 février 2004 : 9 demandes et 1 de préavis.
- c) période 1<sup>er</sup> mars 2004-28 février 2005 : 15 demandes de médiation.
- d) période du 1<sup>er</sup> mars 2005-28 février 2006 : 2 demandes de médiation.
- e) période 1<sup>er</sup> mars 2006-28 février 2007 : 10 demandes de médiation.
- f) période 1<sup>er</sup> mars 2007-28 février 2008 : 11 demandes de médiation.
- g) période 1<sup>er</sup> mars 2008-28 février 2009 : 5 demandes de médiation.
- h) période du 1<sup>er</sup> mars 2009-31 décembre 2009 : 10 demandes de médiation.

C'est le lieu de constater qu'en comparaison du nombre très important de demandes d'accès aux documents auxquelles les entités publiques cantonales et communales ont directement donné satisfaction, le contentieux a été très raisonnable et la procédure d'accès aux documents telle que prévue par la loi a manifestement répondu à une attente du public.

## **C. Recommandation de la médiatrice en cas d'échec de la médiation**

L'objectif de la médiation dans l'esprit de la LIPAD est de permettre aux parties de trouver une solution à l'appréciation divergente de l'accessibilité au document souhaité.

À plusieurs reprises, suite à l'échec de la médiation, les parties, après avoir reçu la recommandation écrite de la médiatrice dans laquelle il était

---

15 Art. 32 al. 5 LIPAD (5 octobre 2002).

rappelé la nature d'un document, les conditions d'accès aux documents en fonction de l'état de fait présenté et les conditions de refus, ont finalement trouvé un terrain d'entente.

#### **D. Le contentieux**

Au cours de ces huit ans de pratique LIPAD, le contentieux s'est limité à huit procédures judiciaires dont l'une est allée jusqu'au Tribunal fédéral. La jurisprudence qui en a résulté a permis d'être rassuré sur la clarté du texte légal, car aucune remarque n'a été formulée à ce sujet par les juges.

Ensuite, on peut admettre que le contentieux a été modeste puisque sur 73 requêtes en médiation, 14 ont fait l'objet d'une procédure judiciaire et ont en conséquence permis l'élaboration d'une jurisprudence utile.

#### **Jurisprudence genevoise :**

Depuis l'entrée en vigueur de la LIPAD, le 1<sup>er</sup> mars 2002, le Tribunal administratif (TA), respectivement le Tribunal fédéral, ont eu l'occasion de se pencher sur diverses problématiques et notamment :

#### **Tribunal administratif :**

- ATA/668/2002 : cette décision (SJ 2003 I, p. 475 ss) faisant une lecture restrictive de la loi en limitant le droit d'accès aux documents aux seules personnes physiques à l'exclusion des personnes morales n'a heureusement pas été confirmée et a fait l'objet d'un changement de jurisprudence (cf. ATA/621/2005).
- ATA/752/2004 :
  - Le TA a étendu la définition de personnes ayant le droit d'accès aux documents aux personnes morales dans la perspective du droit à l'information des médias. Cet arrêt a été critiqué en doctrine<sup>16</sup>.
  - Le TA s'est également penché sur la question de l'art. 26 al. 2 let. g LIPAD et a autorisé la communication d'un audit sans caviardage des noms, estimant, après une pesée des intérêts, que l'intérêt public du citoyen à l'information concernant le fonctionnement de l'État au sens large doit primer l'intérêt des personnes directement concernées, partant, que l'intérêt privé allégué n'était pas prépondérant dans ce cas.
- ATA/162/2005 : le TA a fait droit à la demande du recourant en autorisant la communication d'une expertise et l'a transmise directement au recourant<sup>17</sup>.

---

16 Semaine judiciaire 2005 I, p. 137 ss.

17 Semaine judiciaire 2005 I, p. 130 ss.

- ATA/621/2005 : le TA a refusé l'accès de documents élaborés par un établissement hospitalier en estimant que les conditions de l'art. 26 al. 2 let. c LIPAD étaient réunies, à savoir que la communication de ce document était propre à entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution. Cet arrêt a également été l'occasion pour le TA de changer sa jurisprudence et d'admettre que pour l'application de la LIPAD et du droit d'accès aux documents, l'élément déterminant est le contenu de l'information sollicitée, et non la qualité du requérant qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale<sup>18</sup>.
- ATA/807/2005 : le TA a admis partiellement le recours d'un recourant qui souhaitait consulter le code source d'un logiciel utilisé par l'État au sens de l'art. 27 al. 4 LIPAD, à savoir que l'accès était assorti de charges, en l'espèce l'engagement à ne pas reproduire ou diffuser le document<sup>19</sup>.
- ATA/231/2006 : le TA a rejeté le recours au motif que les conditions des art. 26 al. 2 let. c et e LIPAD étaient réunies.
- ATA/134/2007 : le TA a fait droit au recourant en tant qu'il demandait les annexes au bilan et les rapports annuels de gestion d'une société qualifiée d'institution au sens de l'art. 2 al. 1 let. e LIPAD.
- ATA/152/2007 : le TA a partiellement admis un recours s'agissant de l'accès au contrat liant une commune et un bureau d'ingénieurs. Le TA a néanmoins refusé la transmission de procès-verbaux d'une commission du Conseil municipal, confirmé par le TF après une longue procédure.
- ATA/647/2007 : le TA a condamné un établissement autonome public à remettre un rapport à un particulier et à une association<sup>20</sup>.
- Le TA a rendu quatre décisions en 2008 et une en janvier 2009 qui ont fait l'objet d'un compte rendu détaillé du Conseil d'État<sup>21</sup>.

### **Tribunal fédéral :**

- ATF/1P/601/2003 : Contrairement à la décision du TA (A/660/2003-CE), le Tribunal fédéral a confirmé qu'à teneur de l'art. 24 al. 2 LIPAD, l'accès aux documents comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies<sup>22</sup>.

---

18 Semaine judiciaire 2006 I, p. 333 ss.

19 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 7/8 1P.29/2006.

20 Rapport du Conseil d'État RD 792.

21 Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil du 28 août 2009 RD 792.

22 RD 527.

## VIII. Activités annexes de la médiatrice

La médiatrice a été régulièrement sollicitée par différentes entités :

### 2003

- Présentation de la LIPAD et le rôle de médiateur dans le cadre de journées d'information au Service des archives de l'État (13 octobre 2003).
- Interview dans le cadre d'une enquête sur la transparence<sup>23</sup>.

### 2004

- Invitation aux cours de formation continue de l'IDEAP (25 février 2004).
- Consultations d'entités de droit public.
- Invitation du Service des allocations d'études et d'apprentissage pour une présentation de la loi.
- Audition par la Commission de gestion du Grand Conseil pour présenter les différents vecteurs d'information contenus dans la loi et l'évolution de la jurisprudence.

### 2005

- Audition par la commission législative du Grand Conseil pour discuter des deux premiers rapports (2003 et 2004) d'activité de la médiatrice.

### 2006

- Colloque sur « la mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration » organisé à l'Université de Genève par le CETEL et l'Office fédéral de la Justice<sup>24</sup> : exposé sur « Le bilan de la transparence administrative dans le canton de Genève »<sup>25</sup>.

### 2007

- Consultation à la demande du Chancelier d'État sur le projet de la loi en prévision de son entrée en vigueur, au sujet de l'évolution importante du poste de médiation, avec une professionnalisation à plein temps et une intégration au service public.
- Audition par la commission judiciaire du Grand Conseil sur la question de l'adjonction à la LIPAD d'un nouveau chapitre traitant de la protection des données personnelles.

---

23 Publié dans Klartext n°2/2003 das Schweizermedienmagazin, p. 26.

24 Colloque organisé au printemps 2006 à l'Université de Genève par le CETEL et l'Office fédéral de la Justice.

25 *Op. cit.*, La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration, édité par le Professeur Alexandre Flückiger, Schulthess 2006. Le Bilan de la transparence administrative dans le canton de Genève, Christine Sayegh, p. 55-66.

## IX. Conclusions

Durant les huit premières années de l'application de l'information au public et l'accès aux documents LIPAD, la mise en œuvre de la loi a généré un travail très instructif non seulement sur les attentes du public, sa lecture de la loi mais aussi dans la recherche de la manière la plus adéquate de communiquer entre les services publics concernés et le citoyen.

Le rôle des services de l'État a été primordial, non seulement pour bien cibler l'objet de la demande du public, mais encore pour mettre en place la réception et le traitement des requêtes, qui souvent étaient téléphoniques et se rapprochaient plutôt d'une plainte voire d'un renseignement que d'une demande de consultation au sens de la LIPAD.

La relation organisationnelle entre la médiatrice et les services publics a contribué manifestement à réaliser de manière adéquate l'objectif de la loi. Les échanges très constructifs et pragmatiques pour atteindre l'objectif de la LIPAD se sont révélés utiles.

L'infrastructure proposée à la médiatrice par la Chancellerie d'État a favorisé une mise en place dynamique, laquelle a permis de traiter toutes les requêtes dans de brefs délais.

L'ensemble de l'organisation s'est révélé rapidement performant pour répondre à l'intérêt du public, qui s'est manifesté dès l'entrée en vigueur de la LIPAD.

L'adaptation progressive des services publics concernés par l'application des conditions de la transparence a permis d'atteindre de manière constructive les objectifs de la loi.

En conclusion, je me permettrai une note plus personnelle, à savoir :

- Féliciter et remercier très sincèrement, les membres responsables de la direction des affaires juridiques (DAJ) de la Chancellerie d'État, qui ont assuré le fonctionnement de la procédure de médiation LIPAD avec diligence, compétence, intelligence et efficacité.
- Exprimer toute ma reconnaissance à Mme Laurence Gargantini Niggeler, alors à la DAJ, pour sa relecture attentive du présent texte.

Bertil Cottier

## Postface

### Transparence : quo vadis ?<sup>1</sup>

De la loi suédoise sur la liberté de la presse de 1766 aux récentes lois sur l'information du Botswana, de Chypre ou des îles Pitcairn, plus d'une centaine de juridictions confèrent désormais aux particuliers le droit de consulter les documents détenus par les autorités publiques. À chaque fois, les objectifs du législateur sont les mêmes : d'une part favoriser la libre circulation des informations et la participation à la vie politique, d'autre part permettre un contrôle citoyen sur les activités déployées par le gouvernement et l'administration.

Mis à part quelques particularismes d'ordre formel (notamment en raison de techniques législatives différentes), les textes normatifs qui consacrent ce droit d'accès s'articulent à l'identique. D'abord, ils délimitent le cercle des autorités soumises à la transparence et les types de documents accessibles ; ensuite, ils posent les inévitables exceptions à la publicité (sécurité intérieure, défense nationale, relations internationales, vie privée notamment) ; enfin, ils définissent la procédure d'accès et les voies de recours en cas de refus de consultation.

En dépit d'objectifs et de structure similaires, ces lois se différencient considérablement par le degré de transparence qu'elles offrent. Un monde sépare les pionnières législations scandinaves ou nord-américaines, lesquelles garantissent notamment un accès concomitant (et non reporté à la clôture du dossier dont relève le document requis), de celles de certains États illibéraux qui consacrent tant de dérogations que l'on en vient à douter du renversement du paradigme du secret administratif. Quoique moindres, pareilles différences

---

1 Si la LIPAD affiche vingt ans au compteur, l'auteur de cette postface en affiche le double. Voici quarante ans qu'il a mis le droit d'accès aux documents détenus par les autorités publiques au centre de ses préoccupations ; en témoignent une trentaine de publications, la rédaction de plusieurs projets de lois (dans notre pays comme à l'étranger), ainsi que la participation à l'une ou l'autre instance de médiation ou de recours. Désireux de tirer bénéfice de cette riche expérience, il a souhaité porter un jugement sur l'évolution de ce droit fondamental. Un jugement brossé à grands traits, car affranchi de toutes références jurisprudentielles, bibliographiques ou statistiques ; si celles-ci crédibilisent le discours, elles le privent de vivacité, d'attrait et de « percutance ». En le laissant effectuer, sans bride aucune, le clap de fin, les éditeurs du présent ouvrage ont comblé son souhait de subjectivité. Il les en remercie.

de focale existent chez nous aussi. Il y a les cantons qui font preuve d'ouverture, au premier rang desquels on retrouve Genève dont la LIPAD va jusqu'à assujettir à la transparence les personnes privées délégataires de compétences de puissance publique. Et puis, il y a les cantons qui ont institué le droit d'accès à contrecœur, additionnant les entraves aux requêtes d'accès. À l'exemple d'Appenzell Rhodes-Extérieures, qui n'ouvre ses dossiers qu'à celui qui fait valoir « *ein berechtigtes Interesse* ». Quant à notre loi fédérale sur la transparence, elle aussi, elle renferme son lot d'obstacles : non seulement elle permet de facturer la consultation, mais elle ne s'applique qu'aux documents créés après son entrée en vigueur.

Pourquoi ces différences d'ouverture ? L'existence ou non d'une forte culture du secret est certainement un facteur déterminant. Si l'Allemagne et la Grande-Bretagne furent parmi les derniers pays européens à consacrer la publicité, c'est parce que la première, en réaction au totalitarisme du III<sup>e</sup> Reich, surprotège la vie privée ; quant à la seconde, elle a, dans le sillage de ses conquêtes militaires des siècles précédents, gonflé à bloc le secret défense (au point que, contrairement à la Nouvelle-Zélande par exemple, l'*Official Secrets Act* n'a pas été aboli avec l'entrée en vigueur du *Freedom of Information Act*). De même, si notre loi fédérale sur la transparence écarte expressément la Banque nationale et l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers de son champ d'application (un *unicum* en comparaison internationale !), c'est par égard pour notre sacro-saint secret bancaire. Ironie du sort, ce dernier devait ensuite plier devant la puissante transparence étasunienne : depuis la récente révision de la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, les banques suisses ne peuvent plus s'opposer à la remise de données confidentielles concernant leurs clients aux autorités américaines au motif que sitôt parvenues en leurs mains elles deviennent consultables par tout un chacun.

Autre élément de différenciation : l'absence d'un instrument international propre à poser des standards communs, comme l'a fait, en matière de protection des données, la Convention de 1981 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Longtemps on a cru que la Convention de 2009 du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics favoriserait, elle aussi, une harmonisation bienvenue. Il n'en a rien été : ce texte, pourtant minimaliste, vient à peine de réunir les dix ratifications nécessaires à son entrée en vigueur. Tout espoir n'est cependant pas perdu : le succès de la Convention d'Aarhus de 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement a montré, quand bien même ce texte ne concerne qu'un secteur très limité, qu'il n'est pas impossible de définir un régime global de publicité des documents administratifs.

Qu'elles soient généreuses ou restrictives, les législations sur l'accès à l'information font aujourd'hui face au même destin : la menace d'une baisse du niveau de transparence. Une baisse qui résulte moins d'une volonté délibérée de retour en arrière – rares sont les nostalgiques du temps où l'information était le fait du Prince – mais plutôt de nouvelles réalités qui ont changé la donne. Autant de nouvelles réalités, autant de défis à surmonter. Mais voyons cela de plus près.

Premier défi : les mutations de l'administration. Avec le développement de l'État-providence, son organisation a évolué, en quelques décennies, d'une structure strictement pyramidale vers une structure polycentrique, caractérisée par l'apparition d'organismes publics plus ou moins autonomes, de partenariats privé-public aux configurations les plus diverses, voire même de transferts de certaines tâches traditionnellement publiques à des entités privées (soit par délégation, soit par privatisation). Pareil émiettement de la fonction publique est un défi pour la transparence dont le champ d'application personnel se limitait jusqu'alors à un secteur public aux frontières clairement circonscrites... et infranchissables : imposer au secteur privé une quelconque obligation d'ouvrir ses dossiers au premier venu était hors de question.

Le bien-fondé de cette ligne rouge doit aujourd'hui être remis en question. Si l'on entend prévenir un affaiblissement progressif du droit de regard citoyen, une délimitation moins structurelle et plus fonctionnelle du champ d'application des lois sur la transparence s'impose. À l'instar de la LIPAD, laquelle assujettit les privés non seulement lorsqu'ils se sont vu déléguer des tâches publiques, comme on vient de le voir, mais encore, et surtout, lorsqu'ils bénéficient de larges subventions publiques ou lorsque leurs organes dirigeants accueillent en leur sein des représentants de collectivités publiques en position d'exercer une influence déterminante sur la marche des affaires. De la même manière, en Afrique du Sud, le *Freedom of Information Act* s'applique aux entités privées dont les activités sont susceptibles d'engendrer un « *public safety or environmental risk* ». Reste que l'extension de la transparence au secteur privé, même si elle est mesurée, ne va pas sans poser un problème majeur : éviter qu'elle ne fragilise la position sur le marché des entreprises privées sujettes à la publicité en permettant à des concurrents de se procurer des informations confidentielles sur de nouveaux produits, sur leurs stratégies commerciales ou sur l'état de leurs trésoreries. Cette même Afrique du Sud en sait quelque chose, elle qui a dû faire partiellement marche arrière : quelques années après l'entrée en vigueur de sa loi sur la transparence, de nombreuses sociétés ont été exemptées de leur obligation de publicité afin de préserver leurs secrets d'affaires.

Second défi : concilier accès à l'information et protection des données personnelles, des institutions foncièrement antagonistes, puisque l'une prône

l'ouverture, l'autre la fermeture. Depuis que la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a reconnu à tout un chacun un droit à l'autodétermination informationnelle – cette expression pompeuse se veut la traduction juridique d'un idéal de pleine maîtrise par la personne concernée sur l'usage qui est fait de ses données –, le conflit entre les deux institutions s'est exacerbé. Les voix appelant à la conciliation se sont dès lors multipliées, la plus retentissante d'entre elles étant le Règlement UE 2016/679 de protection des données ; son art. 86 souligne que : « Les données à caractère personnel figurant dans des documents officiels détenus par une autorité publique ou par un organisme public ou un organisme privé pour l'exécution d'une mission d'intérêt public peuvent être communiquées [...] afin de concilier le droit d'accès du public aux documents officiels et le droit à la protection des données à caractère personnel au titre du présent règlement. » Reste que le législateur européen s'est contenté de cet appel. Sur la teneur du nécessaire compromis, la question pourtant essentielle, il est resté muet. Comme nombre de ses homologues nationaux, dont le nôtre, il a laissé à la jurisprudence le soin d'arbitrer le conflit au cas par cas, en opérant une balance des intérêts en présence.

Ce dessaisissement plonge le régime juridique applicable aux requêtes de consultation d'un document contenant des données personnelles dans la plus grande incertitude. C'est très regrettable, car il importe de veiller à ce que la protection des données personnelles ne serve de paravent à l'administration pour occulter « des informations compromettantes, des conflits d'intérêts potentiels, d'éventuels arrangements entre camarades, des vérités dérangeantes, voire de véritables affaires de corruption »<sup>2</sup>.

Pour parer au danger, l'art. 57 de la loi québécoise sur l'information énumère les données personnelles qui sont obligatoirement publiques. La liste est longue, allant de la classification salariale de tout fonctionnaire aux informations concernant des personnes physiques ou morales parties à un contrat de services conclu avec un organisme public, en passant par des informations sur la nature et les circonstances des autorisations délivrées par l'administration à des particuliers ou des avantages économiques qui leur ont été octroyés. En cernant ainsi avec précision des situations à haut risque d'abus, le législateur prive l'autorité requise de toute marge d'appréciation dont elle pourrait être tentée de tirer profit pour baisser le rideau.

Suivre l'exemple québécois et arbitrer en amont s'impose d'autant plus que protection des données et droit d'accès, souvent, n'occupent pas le même

---

2 ALEXANDRE FLÜCKIGER, La transparence des données personnelles au service de l'intégrité de l'administration, in : Annuaire de l'Association suisse du droit public de l'organisation 2019-2020, Berne 2020, p. 79.

niveau dans la hiérarchie des normes. La première bénéficie, depuis la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination informationnelle, d'un robuste ancrage constitutionnel. Rien de tel pour la transparence administrative, car rares sont les lois fondamentales qui, à l'image des Pays-Bas, de l'Afrique du Sud ou de la Tunisie (ou encore de quelques cantons suisses, à commencer par Genève), garantissent expressément la publicité des documents officiels. Quant à la CourEDH, elle se limite à obliger les autorités, au nom de la liberté d'expression, à donner accès aux informations « qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité<sup>3</sup> ». Ce droit d'accès au rabais ne permet pas à la transparence administrative de contrecarrer efficacement la montée en puissance de la protection des données ; que ce soit dans la balance du législateur ou dans celle des autorités appelées à se prononcer sur des requêtes de consultations de documents contenant des données personnelles, elle peine à peser de tout son poids.

Troisième défi : faciliter l'exercice du droit à l'information. Un niveau satisfaisant de transparence ne dépend pas seulement d'un nombre restreint de dérogations, mais aussi de modalités d'accès simples, rapides et commodes. Des embuches posées par le législateur lui-même aux stratégies échapatoires développées par l'administration, le catalogue des petits et grands obstacles à la transparence s'est considérablement étoffé au fil du temps. Quelques exemples en vrac : obliger le requérant à déposer une requête écrite, à l'instar du Tessin, c'est compliqué. Rendre l'exercice du droit d'accès onéreux, comme c'est encore le cas dans une poignée de cantons et à l'échelon fédéral, c'est dissuader. Faire traîner le traitement des demandes, c'est décourager (en particulier les journalistes pour qui l'actualité est un impératif). Nier l'existence de documents embarrassants, c'est duper. Certains pays ont réagi à ces détournements. À l'exemple de la Finlande qui n'a pas hésité à ériger en infraction pénale l'entrave à l'exercice du droit d'accès ; nul doute que cette mesure est excessive (sachant que le succès du renversement de paradigme du secret tient à un changement de la mentalité des fonctionnaires que seule peut favoriser l'éducation, et non la répression). Ce même pays dispose d'une réponse plus recommandable : l'obligation de consigner par écrit toute information substantielle ; l'objectif est de prévenir la fuite dans l'oral sitôt que la discussion prend une tournure importune ou que des faits gênants sont rapportés.

---

3 CourEDH, arrêt Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie du 8 novembre 2016, 18030/11, §164.

Maintenir un niveau satisfaisant de transparence, c'est aussi tirer parti des avancées technologiques pour faciliter l'accès. À cet égard, les Etats-Unis ont montré la voie dès l'émergence d'Internet. Il y a vingt-cinq ans, le Congrès américain a considérablement renforcé le *Freedom of Information Act* par ce bref ajout normatif : « For records created on or after November 1, 1996, within one year after such date, each agency shall make such records available, including by computer telecommunications. » Concrètement, l'administration fédérale se voit contrainte de scanner les documents officiels qu'elle crée ou qu'elle reçoit, et ensuite de les rendre accessibles en ligne. Partant, plus besoin de se déplacer pour consulter les dossiers détenus par les autorités américaines ; le droit d'accès peut s'exercer depuis n'importe quel point du globe. Le lecteur s'en rendra compte en se loguant, par exemple, sur le site du gardien des marchés financiers américains, la *Securities and Exchange Commission* (<https://perma.cc/8NB4-GDPX>) ; au moyen du moteur de recherche interne à cette institution, il pourra aisément prendre connaissance de l'un ou l'autre des milliers de documents (lettres, rapports, décisions, etc.) concernant le Crédit Suisse ou UBS disponibles sur ce site.

Le quatrième et dernier défi (à ce stade...) est d'ordre structurel : il s'agit de raccrocher la législation sur la transparence de l'administration aux diverses, et toujours plus nombreuses, réglementations qui régissent la gestion des informations en mains des autorités publiques. La question n'a gagné en acuité que dernièrement. Pendant longtemps en effet la législation sur la transparence s'est développée en vase clos, se suffisant en quelque sorte à elle-même. Il en allait de même des normes régissant la publicité des séances du législatif et du judiciaire, de la réglementation des archives publiques, de la législation sur la protection des données personnelles, du régime juridique de l'information proactive de l'État (conférences de presse, communiqués de presse, site web, présence sur les réseaux sociaux, etc.), et, plus récemment encore des règles sur l'*open data* (par quoi il faut entendre la mise à disposition en ligne de paquets de données brutes résultant de projets de recherche conduits par des organismes publiques), voire de celles destinées à protéger les lanceurs d'alerte ou la classification des informations sensibles. Toutes ces différentes réglementations ont évolué pour elles-mêmes. Cette approche en silos est aujourd'hui dépassée, car à chaque fois la cible est commune : les données détenues par les autorités publiques ; à chaque fois, l'objectif est commun : encadrer leur usage. Autant dire qu'une harmonisation non seulement se justifie, mais s'impose.

Ce nécessaire processus d'harmonisation a pris son essor. En Suisse, en particulier, où nombreux sont les législateurs cantonaux qui ont réuni les règles sur la protection des données et celles sur la publicité des documents

au sein d'une même loi ; quelques-uns sont allés encore plus loin, en y joignant les règles sur les archives cantonales et/ou celles sur l'information proactive de l'État. Au-delà de la délimitation d'un champ d'application personnel commun (autrement dit l'unification du cercle des autorités assujetties), la coordination demeure formelle : au lieu d'être éparpillés dans divers textes, les divers corpus normatifs ont simplement été rassemblés, juxtaposés et consolidés. Ni plus ni moins. Une réelle coordination matérielle fait toutefois défaut. Pourtant ce n'est pas impossible. À témoin, le canton de Zurich qui est parvenu à fusionner les règles sur le droit général d'accès basé sur la transparence et le droit spécial d'accès de la personne concernée à ses propres données.

Par souci de cohérence, de clarté et de sécurité juridique, le législateur ne pourra bientôt plus faire l'impasse d'une conception générale des données publiques ; pour ce faire, il lui faudra prendre de la hauteur, plus précisément abandonner l'optique micro qui prévaut actuellement pour privilégier une optique macro. Et déboucher, but ultime, sur la consécration de principes généraux de gouvernance des données publiques. Si l'objectif est ambitieux, la démarche n'est pas fondamentalement nouvelle. Toujours chez nous, d'autres domaines du droit sont déjà passés par là ; la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales et, plus récemment, la loi fédérale sur les services financiers sont toutes deux le produit d'une vision d'ensemble.

Enfin, un dernier écueil devra être surmonté. Dans cette entreprise de mise en syntonie à grande échelle, le risque de dilution de la transparence des documents administratifs n'est pas négligeable. Il faudra donc constamment veiller à préserver l'ADN de ce pilier de la démocratie, ses caractéristiques essentielles (comme un accès rapide, non motivé et gratuit) qui ont fait de lui, comme l'a pertinemment affirmé un juge à la Cour suprême des Etats-Unis, le « meilleur désinfectant » de la société<sup>4</sup>.

---

4 « Sunlight is said to be the best disinfectant » ; Louis Brandeis, *Other People's Money and how the Bankers use it*, New York 1914, chapitre V (What can publicity do?).



*sui generis* est une association consacrée à la promotion du libre accès à la littérature juridique, aux décisions de justice, aux décisions officielles et aux documents juridiques. Depuis 2014, une revue juridique en libre accès est publiée sous le label *sui generis*. La maison d'édition *sui generis* a été fondée en 2019.

Les ouvrages juridiques qui sont publiés dans cette collection sont mis à la disposition d'un large public et sont publiés à la fois sous forme imprimée et en ligne. La version numérique est accessible librement dans le monde entier (Open Access). Les droits d'auteur appartiennent aux auteurs ; les œuvres sont publiées sous une licence Creative Commons.

Précédemment publiés dans la collection *sui generis* :

- 032 – Nicolas Leu: Kritik der objektiven Zurechnung
- 031 – Martin Klingler: Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren
- 030 – Christoph Mettler: Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess
- 029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014
- 028 – APARIUZ XXIII: Recht in der Krise
- 027 – Maja Łysienka: Seeking Convergence?
- 026 – Marc Thommen: Introduction to Swiss Law (2<sup>nd</sup> edition, 2022)
- 025 – Severin Meier: Indeterminacy of International Law?
- 024 – Marina Piolino: Die Staatsunabhängigkeit der Medien
- 023 – Reto Pfeiffer: Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)
- 022 – Nicole Roth: Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft
- 021 – Roger Plattner: Digitales Verwaltungshandeln
- 020 – Raphaël Marlétaz: L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale
- 019 – APARIUZ XXII: Unter Gleichen
- 018 – Kristin Hoffmann: Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren
- 017 – Monika Pfyffer von Altshofen: Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen
- 016 – Valentin Botteron: Le contrôle des concentrations d'entreprises
- 015 – Frédéric Erard: Le secret médical
- 014 – Stephan Bernard: Was ist Strafverteidigung?

- 013 – Emanuel Bittel: Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht
- 012 – Christoph Hurni/Christian Josi/Lorenz Sieber: Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht
- 011 – Lorenz Raess: Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration
- 010 – David Henseler: Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private
- 009 – Dominik Elser: Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben
- Les livres 001 – 008 sont publiés par la maison d'édition *Carl Grossmann*.

Cet ouvrage est publié dans la collection *sui generis*,  
éditée par Marc Thommen.

1<sup>ère</sup> édition 31 décembre 2022

© 2022 Joséphine Boillat et Stéphane Werly

Cette œuvre a été publiée en Open Access sous une licence Creative Commons, qui oblige d'identifier l'auteur de l'œuvre sous licence en cas de réutilisation (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



L'étape de prépresse de cette publication a été soutenue par le Fonds national suisse de la recherche scientifique.

ISBN 978-3-907297-33-9

DOI 10.38107/033

Lectorat : Jean Perrenoud

Graphisme : Müller+Hess, Basel

Imprimerie : Ebner & Spiegel, Ulm

[www.suigeneris-verlag.ch](http://www.suigeneris-verlag.ch)



# 20 ANS DE TRANSPARENCE GENEVE

Quelques années avant la Confédération, le canton de Genève s'est doté d'une loi sur la transparence, dont l'objectif consiste à favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique. La LIPAD a célébré ses 20 ans le 1<sup>er</sup> mars 2022. A l'occasion de cet anniversaire, le présent ouvrage revient sur l'historique du texte légal et l'application de ce dernier par la médiatrice, puis le Préposé cantonal. Les autres contributions ont trait à l'utilisation de la loi par les journalistes, le rapport avec le principe de la bonne foi, la protection des intérêts privés, l'accès aux archives publiques, l'accès aux examens scolaires, les principes de procédure, l'exemple fribourgeois et l'avenir de la transparence.

sui generis

ISBN 978-3-907297-33-9

DOI 10.38107/033