

Date de dépôt : 26 juillet 2007

Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur le rapport annuel de la médiatrice pour l'année 2006-2007

Mesdames et
Messieurs les députés,

Conformément à l'article 31, alinéa 5 de la loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001 (A 2 08, ci-après : LIPAD), M^{me} Christine Sayegh, médiatrice, a établi un rapport annuel à l'attention conjointe du Grand Conseil et du Conseil d'Etat relativement à ses activités dans le cadre de l'application de la loi en question.

Le Conseil d'Etat remet donc par la présente à l'attention de votre Grand Conseil le rapport annuel de celle-ci, pour la période allant du 1^{er} mars 2006 au 28 février 2007. Il s'agit du cinquième rapport annuel d'activité rendu par M^{me} Christine Sayegh en sa qualité de médiatrice LIPAD.

Pour toute la période considérée, dix demandes de médiation ont été adressées à la médiatrice. Deux ont été déclarées irrecevables (l'une pour cause de tardiveté et l'autre parce qu'elle concernait une entreprise entièrement privée dont l'activité ne tombait pas dans le champ d'application de la LIPAD). Une procédure ayant été suspendue, trois achevées (deux recommandations rendues en raison de l'échec de la médiation, une médiation réussie), le solde est toujours en cours auprès de la médiatrice.

La médiatrice commente les chiffres ci-dessus en relevant que le nombre de requêtes a augmenté par rapport à la période précédente. Cette constatation est exacte, mais doit être relativisée, car comme le relevait la médiatrice elle-même dans son rapport pour la période précédente, l'année 2005-2006 était relativement « *atypique* », en ce sens que seules deux requêtes en médiation lui étaient parvenues cette année-là. Le Conseil d'Etat précise donc qu'en réalité, le nombre de requêtes de médiation est revenu dans les chiffres habituels, puisque la moyenne des premières années

d'application de la LIPAD avoisinait les 11 requêtes annuelles. Il n'y a donc aucun indice de péjoration de la situation en matière de requêtes individuelles d'accès à des documents, bien au contraire.

Le faible nombre des requêtes individuelles d'accès témoigne en effet à la fois du caractère non abusif des requêtes de médiation et du bon fonctionnement des institutions, qui permettent dans la quasi-totalité des cas de donner satisfaction au public, que ce soit par le biais d'une information active, ou par la suite positive donnée par les institutions à une requête individuelle d'accès à des documents, que celle-ci se réfère ou non à la LIPAD. Il ne faut pas en effet sous-estimer le fait que de nombreuses institutions fournissent à la demande du public des documents et des renseignements divers, sans nécessairement que ces requêtes, auxquelles il est donné une suite immédiatement favorable, invoquent expressément la LIPAD à l'appui de leur prétention. Par ailleurs, on ne saurait ignorer le lien entre le faible nombre de requêtes individuelles d'accès et la qualité et la richesse de l'information active pratiquée par les institutions, qui rendent accessible spontanément énormément de documents et d'informations sur leurs activités de nature à intéresser le public, ce qui, en amont déjà, contribue à contenir le nombre de requêtes individuelles d'accès.

Si le Conseil d'Etat relève avec satisfaction le très faible contentieux, requêtes de médiation comprises, entre les institutions soumises à la LIPAD et le public, ce qui témoigne, au vu de l'intérêt du public et du nombre de documents produits par celle-ci, de la très bonne application de la loi par les institutions et de la progression des mentalités, il note que le pourcentage de médiations réussies sur la totalité des requêtes soumises est par contre en nette baisse, ce qui pourrait témoigner du fait que certains requérants ne voient la médiation que comme un passage obligé préalable au contentieux judiciaire, plutôt que comme une opportunité d'éviter celui-ci, ce qui serait évidemment regrettable.

Le Conseil d'Etat rappelle en outre que même si le nombre d'arrêts rendus par le Tribunal administratif et le Tribunal fédéral dans la période considérée reste faible, la jurisprudence continue d'illustrer certaines dispositions « clés » de la LIPAD, en particulier la délicate mais nécessaire pesée des intérêts à opérer entre les différents intérêts publics et privés en cause, ce qui devrait à l'avenir contribuer à en faciliter l'application par les organes des institutions requis. A titre d'information complémentaire, et s'agissant de l'arrêt rendu par le Tribunal administratif en date du 29 novembre 2005¹ portant sur la requête d'accès à un code source informatique, ainsi qu'à divers

¹ ATA/807/2005.

documents contractuels et à des audits de sécurité, arrêt par ailleurs relaté par la médiatrice (p. 3 *in fine* de son rapport), le Conseil d'Etat soulève que, contrairement à ce qui est indiqué dans ledit rapport, cet arrêt est bien entré en force et peut être considéré comme définitif. Le Tribunal fédéral a en effet rejeté dans la mesure de sa recevabilité le recours de droit public interjeté contre l'arrêt du Tribunal administratif, par arrêt du 23 mars 2006². Cette information figurait déjà dans le précédent rapport du Conseil d'Etat à l'attention du Grand Conseil, du 14 août 2006 (RD 644), p. 2.

Le rapport de la médiatrice pour l'année 2006-2007 permet donc au Conseil d'Etat de relever, à l'instar des années précédentes, que le bilan de cette cinquième année d'application de la LIPAD demeure pleinement satisfaisant et témoigne de l'équilibre, de la cohérence et de l'adéquation du dispositif proposé sous l'angle de l'accès au public à l'information en général et à des documents en particulier.

Au bénéfice de ces explications, le Conseil d'Etat vous invite, Mesdames et Messieurs les députés, à prendre acte du présent rapport.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

Le chancelier :
Robert Hensler

Le président :
Charles Beer

Annexe : Rapport de la médiatrice du 31 mai 2007

² Cause 1P.29/2006 accessible sur le site internet du Tribunal fédéral (<http://www.bger.ch>).



REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE
Chancellerie d'Etat
**Médiation en matière d'information
du public et d'accès aux documents**

Correspondance :
Secrétariat de la médiatrice
CHA - DAJ
Case postale 3964
1211 Genève 3

Niréf. : CS/lga

- **Au Grand Conseil**
- **Au Conseil d'Etat**

de la République et canton
de Genève

Genève, le 31 mai 2007

**Concerne : médiation en matière d'information du public et d'accès aux documents
(LIPAD) : rapport annuel de la médiatrice 2006-2007**

Monsieur le président du Grand Conseil, Mesdames et Messieurs les députés,
Monsieur le président du Conseil d'Etat, Messieurs les conseillers d'Etat,

Conformément à l'article 31, alinéa 5 LIPAD, j'ai le plaisir de vous adresser le cinquième rapport annuel d'activité en qualité de médiatrice en matière d'information du public et d'accès aux documents, pour la période du 1^{er} mars 2006 au 28 février 2007.

1. Demandes de médiation

Dix demandes de médiation sont parvenues au secrétariat de la médiatrice en date des 22 mars, 3 avril, 12 mai, 17 juin, 3 et 26 juillet, 6 et 31 octobre 2006, 6 et 15 janvier 2007.

2. Nature des documents concernés

- comptes de pertes et profits, bilans et annexes des cinq dernières années d'une institution au sens de l'article 2, alinéa 1, lettre e LIPAD;
- dossier constitué par une institution dans le cadre d'une candidature non retenue;
- procès-verbaux de séances de commissions municipales;
- contrat signé par une collectivité publique et un bureau d'ingénieurs;
- photocopies de documents relatifs à des examens universitaires auprès de la faculté concernée;
- rapport suite à une étude demandée par une institution à un bureau d'expertise;
- courrier d'un magistrat adressé à une commune;
- documents sur l'enseignement spécialisé.

3. Résultats de la procédure de médiation

- a) Requêtes (dès le 1^{er} mars 2006)
- deux requêtes ont été déclarées irrecevables : l'une, en raison de tardiveté et, l'autre, au motif que les documents dont la consultation était sollicitée ne concernaient pas une institution au sens de l'article 2 LIPAD, mais une entreprise totalement privée;
 - une procédure est en suspens;
 - deux procédures sont encore en cours;
 - deux recommandations ont été rendues;
 - une médiation a été réussie.
- b) Procédures pendantes au 1^{er} mars 2007

Au 1^{er} mars 2007, il y avait deux procédures en cours :

- une demande dont la médiation a échoué et pour laquelle une recommandation a été rendue le 16 mars 2007;
- une procédure en cours.

Commentaire :

L'activité de cette cinquième année de l'application de la LIPAD a vu le nombre de requêtes augmenté par rapport à la période précédente. Il convient de rappeler que les demandes de médiation pour les périodes ci-dessous sont au nombre de :

✓ 2002-2003 :	11
✓ 2003-2004 :	9
✓ 2004-2005 :	15
✓ 2005-2006 :	2
✓ 2006-2007 :	10

4. Jurisprudence

Les deux recommandations rendues respectivement les 13 septembre et 18 octobre 2006 ont fait l'objet d'une décision du Tribunal administratif qui a chaque fois admis partiellement la requête du recourant.

Ainsi, la jurisprudence résultant de l'application de la LIPAD commence à bien s'étoffer, ce que la médiatrice a déjà eu l'occasion de présenter dans le cadre du bilan de la transparence administrative dans le canton de Genève qu'elle a été chargée d'exposer le 24 mars 2006 lors de la journée organisée à l'Université par le Centre d'études, de techniques et d'évaluations législatives CETEL.

Aussi, depuis l'entrée en vigueur de la LIPAD, le 1^{er} mars 2002, le Tribunal administratif, respectivement le Tribunal fédéral, ont eu l'occasion de se pencher sur diverses problématiques et en voici la récapitulation :

- ATA/668/2002 : cette décision (SJ 2003 I, pages 475 et ss) avait été rendue moins d'un an après l'entrée en vigueur de la LIPAD et le Tribunal administratif se fondant sur l'exposé des motifs du Conseil d'Etat avait fait une lecture restrictive de la loi limitant le droit d'accès aux documents aux seules personnes physiques. Cette jurisprudence n'a pas été confirmée et a fait l'objet d'un changement de jurisprudence (cf. ATA/621/2005).
- ATA/249/2003 : le Tribunal administratif a admis le recours et constaté la nullité de la décision attaquée au motif que le groupement requérant était dépourvu de personnalité juridique.
- ATA/752/2004 : à cette occasion, le Tribunal administratif 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 (SJ 2005 I, pages 137 et ss). Le Tribunal administratif s'est également penché sur la question de l'article 26, alinéa 2, lettre 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'Etat 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 Tribunal administratif a estimé que les conditions de l'article 26, alinéa 2, lettre b LIPAD n'étaient pas réunies et a fait droit aux conclusions du requérant et autorisé la communication d'une expertise. Le Tribunal administratif l'a d'ailleurs communiquée directement. Cette transmission directe a été contestée par la doctrine (SJ 2005 I, pages 130 et ss).
- ATA/621/2005 : le Tribunal administratif a refusé l'accès de documents élaborés par un établissement hospitalier en estimant que les conditions de l'article 26, alinéa 2, lettre 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 Tribunal administratif 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 (arrêt publié dans SJ 2006 I, pages 333 et ss).
- ATA/807/2005 : le Tribunal administratif a admis partiellement le recours d'un requérant qui souhaitait consulter le code source d'un logiciel utilisé par l'Etat au sens de l'article 27, alinéa 4 LIPAD, à savoir que l'accès était assorti de charges, en l'espèce l'engagement à ne pas reproduire ou diffuser le document. Cette décision n'est pas entrée en force, car elle a fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, lequel n'a pas encore tranché.

- ATA/231/2006 : le Tribunal administratif a rejeté le recours du requérant au motif que les conditions des articles 26, alinéa 2, lettre c et 26, alinéa 2, lettre e LIPAD étaient réunies, la communication des documents sollicités aurait été propre à entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution et aurait rendu inopérantes les restrictions du droit d'accès à des dossiers, apportées par les lois régissant des procédures judiciaire et administrative.
- ATA/134/2007 : le Tribunal administratif a fait droit au recourant qui demandait les annexes au bilan et les rapports annuels de gestion d'une société qualifiée d'institution au sens de l'article 2, alinéa 1, lettre e LIPAD.
- ATA/152/2007 : le Tribunal administratif a partiellement admis le recours d'une requérante s'agissant de l'accès au contrat liant une commune et un bureau d'ingénieurs.
- ATF/1P/601/2003 : le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se pencher sur l'article 24, alinéa 2 LIPAD qui précise que l'accès aux documents comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies, et a rappelé à ce sujet que selon la jurisprudence relative au droit d'être entendu, le droit d'obtenir des copies de documents auxquels le droit d'accès est autorisé, est un corollaire du droit d'accès au dossier et ne peut être refusé que pour des motifs pertinents.

Commentaire :

Il y a lieu de relever que le Tribunal administratif s'est penché à 9 reprises sur la LIPAD et qu'il n'a pas fait de remarque quant à un manque éventuel de clarté de la loi. Il convient de constater que seules deux décisions sur 9 refusent l'accès à un document et que deux arrêts ont fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

5) Autres activités

La médiatrice a eu l'occasion, comme elle l'annonçait dans son précédent rapport, de faire le bilan de la transparence administrative dans le canton de Genève dans le cadre de la journée organisée par le Centre d'études, de techniques et d'évaluations législatives CETEL, à l'Université, sur le thème : « *Une administration plus transparente ? La mise en œuvre du droit d'accès aux documents officiels* », le 24 mars 2006. Un tiré à part de ce bilan est annexé au présent rapport.

Par ailleurs, la médiatrice a été auditionnée par la Commission législative du Grand Conseil en date du 18 janvier 2007 au sujet du projet de loi sur la protection des données personnelles en relation avec la LIPAD. Elle a également été plusieurs fois sollicitée, conformément à la loi, pour des prises de décisions à huis clos pour des séances non publiques au sens de l'article 5 LIPAD, ainsi que pour donner son avis sur la procédure LIPAD interne établie par une institution en application des articles 16 et 17 LIPAD.

Conclusions

Au terme de ce cinquième rapport d'activité, premier d'une nouvelle période de quatre ans, je tiens à remercier le Conseil d'Etat et le Grand Conseil de la confiance qu'ils me témoignent en me reconduisant dans un second mandat.

Je mettrai à profit cette période pour apporter mon concours au Centre externe d'évaluation des politiques publiques (en abrégé : CEPP) qui envisage de faire une évaluation de l'application de la LIPAD et de son efficience.

Il y a lieu en outre de constater que le principe de la transparence s'intègre progressivement, que la demande de consultation d'un document ouvre en tout cas la porte à un dialogue entre le requérant et l'institution, si ce n'est pas d'emblée l'accès.

Reconnaissante de l'attention que vous porterez au présent rapport, je vous prie de croire, Monsieur le président du Grand Conseil , Mesdames et Messieurs les députés, Monsieur le président du Conseil d'Etat, Messieurs les conseillers d'Etat, à l'assurance de ma considération distinguée.

Christine SAYEGH
médiatrice

Annexe : mentionnée

Copie à : M. Gérald PAGE, médiateur suppléant (+ *annexe*)