

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3671/2010-LIPAD

ATA/390/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 21 juin 2011

dans la cause

Monsieur A _____

contre

VILLE DE GENÈVE

et

FONDATION G _____

appelée en cause

EN FAIT

1. La Fondation G_____ (ci-après : la fondation) a été inscrite au registre du commerce de Genève le 7 janvier 2010. Son but est l'encouragement des Beaux-arts et de la culture. L'art. 2 de ses statuts, (consultables en ligne sur le site du registre du commerce - <http://www.rc.ge.ch/ecohrccmatic/>) prévoit : « A cette fin, le fondateur prévoit de lui attribuer ou faire attribuer, principalement par prêt, le cas échéant par dons ou legs, des collections d'antiquités, d'art moderne et d'autres objets culturels, à la conservation et mise en valeur desquelles la fondation veillera, notamment par la création et l'exploitation d'un musée public et/ou la coopération avec un ou plusieurs musées existant, en Suisse, et l'organisation d'activités et de manifestations culturelles et artistiques, en Suisse et à l'étranger. (...) la fondation peut accepter d'autres objets culturels en dons, legs ou prêts, de la part d'autres personnes, dans le même but.

La fondation peut effectuer des donations en faveur d'organisations, d'institutions ou d'individus qui conçoivent, élaborent, réalisent ou participent d'une quelconque manière à des projets dans les domaines d'activités de la fondation ».

2. Le 11 mars 2010, la fondation a signé une convention (ci-après : la convention) avec la Ville de Genève (ci-après : la ville).

En préambule, il était rappelé que la ville avait lancé un appel d'offres en vue de la rénovation et de l'agrandissement du Musée d'art et d'histoire (ci-après : le musée), qui avait été remporté par les architectes associés N_____, J_____ et D_____. Aux termes de la convention, Monsieur G_____, président du conseil de la fondation, était disposé à faire don à la ville d'un montant de CHF 20'000'000.- pour l'agrandissement du bâtiment Charles Galland, voire de montants supplémentaires pour arriver à un montant de CHF 40'000'000.- si la ville n'arrivait pas à atteindre un financement à hauteur de ce montant. La convention avait pour but d'établir les modalités de collaboration à long terme entre la ville, le musée et la fondation.

La fondation avait l'objectif de mettre en dépôt et d'exposer au musée une partie de ses collections et la convention avait pour objectif de régler les rapports entre les parties.

Parmi les dispositions contractuelles, il était prévu qu'un inventaire détaillé des collections serait dressé, signé par les parties et tenu à jour sous la responsabilité des deux institutions. Concernant les collections mises à disposition, la ville s'engageait à en assurer une sécurité adéquate pour les protéger. Elle devait contracter une police d'assurance « tous risques expositions »

couvrant de manière appropriée les collections contre tous risques de dommages. Le contrat de cette assurance devait être annexé à la convention (art. 8 de la convention).

Le 30 avril 2010, Monsieur A_____, avocat, sur papier à entête de l'étude E_____, a écrit à la ville. Il s'adressait à elle en son nom au sujet de la convention conclue entre cette dernière et la fondation courant mars 2010, dont la presse s'était largement faite écho. Il demandait que cette convention soit mise à sa disposition pour consultation et de pouvoir en lever copie. Il se fondait sur la loi sur l'information du public et l'accès aux documents du 5 octobre 2001 (LIPAD - A 2 08).

3. Le 1^{er} juin 2010, M. A_____ a écrit à nouveau à la ville. Il prenait note qu'une réponse lui serait donnée le 2 juin 2010. Il ne comprenait pas qu'un intérêt privé légitime puisse retarder davantage la transmission de la documentation requise.
4. Le 2 juin 2010, Madame Sandrine Salerno, maire de Genève, a écrit à M. A_____. Conformément à l'art. 28 al. 4 LIPAD, la ville avait interpellé la fondation, qui s'opposait formellement à toute divulgation de cette convention à des tiers. Elle regrettait de ne pouvoir faire droit à la requête qui lui était présentée, fondant son refus sur les art. 26 al. 1 et 2 let. b, c, g, i et j LIPAD. Le destinataire du courrier disposait d'un délai de dix jours pour saisir la préposée cantonale, conformément à l'art. 30 al. 2 LIPAD.
5. Le 7 juin 2010, M. A_____ a saisi le Bureau de la protection des données et à la transparence (BPDT). Il sollicitait l'intervention de la préposée à la protection des données et à la transparence (ci-après : la préposée) pour obtenir la transmission de la convention signée entre la ville et la fondation. Il lui remettait une copie des échanges de courriers déjà intervenus. Le Conseiller administratif responsable du département de la culture avait dit publiquement que ladite convention n'était pas secrète et que tout le monde pourrait la lire.
6. Le 17 août 2010, la préposée a constaté l'échec de la médiation.
7. Après qu'elle se soit fait transmettre une copie de la convention, la préposée a recommandé à la ville, le 13 septembre 2010, de donner à M. A_____ accès à la convention, à l'exclusion de son annexe et invitait cette collectivité publique à rendre une décision dans ce sens dans les dix jours.

Il n'était ni litigieux ni contestable que la convention était un document en possession d'une institution au sens de la LIPAD. Aucune des douze circonstances énoncées à l'art. 26 al. 2 LIPAD n'était réalisée, qui pouvait justifier du refus de la communication de ce document. En particulier, le droit d'accès n'était pas propre à mettre en péril des intérêts patrimoniaux légitimes ou des

droits immatériels de l'institution, ou encore révéler des informations couvertes par des secrets. Il n'en était pas de même du contrat d'assurance annexé à la convention dont la divulgation, même si la préposée aux données n'en avait pas connaissance, était susceptible de dévoiler des éléments de nature privée ou pourrait servir à des intérêts malveillants, mettant en péril les intérêts patrimoniaux de l'institution comme de la fondation.

8. Le 27 septembre 2010, le Conseil administratif de la ville a pris une décision sur la demande d'accès à la convention qu'elle avait passée avec la fondation. Elle suivait la recommandation de la préposée à la protection des données et acceptait de donner accès à M. A_____ à ladite convention mais pas à son annexe, ceci à l'échéance du délai de recours et pour autant qu'aucun recours ne soit interjeté.

Cette décision était susceptible de recours devant le Tribunal administratif, devenu le 1^{er} janvier 2011 la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), dans un délai de trente jours à compter de sa réception.

9. Le 28 octobre 2010, M. A_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision précitée. Préalablement, il a conclu au retrait partiel de l'effet suspensif afin que la ville soit enjointe à lui transmettre immédiatement la convention. En outre, il sollicitait d'être autorisé à compléter ses écritures. Sur le fond, la décision devait être réformée pour obliger la ville à transmettre tant la convention que son annexe, ceci avec suite de dépens.
10. Le 16 novembre 2010, la ville s'est déterminée sur la demande de retrait partiel de l'effet suspensif. Elle a transmis une copie de la convention du 11 mars 2010, sans son annexe.
11. Le 22 novembre 2010, M. A_____ a retiré sa demande de retrait partiel de l'effet suspensif.
12. Le 23 novembre 2010, le juge délégué a appelé en cause la fondation.
13. Le 15 décembre 2010, M. A_____ a complété son recours. Une annexe était une pièce additive et complémentaire, complétant la volonté des parties telle qu'elle ressortait d'une convention. En lui refusant l'accès à celle-ci, on ne lui donnait qu'un accès partiel à la convention, ce qui était contraire à l'art. 27 LIPAD, dès lors que les conditions de l'art. 26 LIPAD n'étaient pas réalisées. L'annexe en question contenait la concrétisation d'un engagement supplémentaire de la ville en faveur de la fondation, soit contracter une police d'assurance tous risques expositions. Elle constituait une pièce importante et le recourant ne voyait pas pour quelle raison il ne pourrait y avoir accès.

14. Le 28 janvier 2011, la fondation a formulé des observations sur le recours, concluant principalement à son rejet, et subsidiairement à ce qu'elle était disposée à transmettre l'annexe en question.

La persistance du recourant à solliciter l'accès à l'annexe de la convention par le biais de la LIPAD était due à la volonté d'alimenter un litige civil qui opposait M. G_____ au bureau d'architectes M_____ S.A., dont les avocats étaient Me X_____ et le recourant. Ledit bureau avait eu pour mandat de construire un bâtiment devant abriter un musée privé pour M. G_____, dont la construction s'était révélée être un désastre. La LIPAD était détournée de son but. C'est ce qui fondait l'appelée en cause à s'opposer à la transmission de l'annexe à la convention.

15. Le même jour encore, la ville a répondu au recours. Elle a conclu à son rejet et à la confirmation de la décision du Conseil administratif du 27 septembre 2010. Elle était fondée à refuser la transmission de l'annexe en question sur la base de l'art. 26 al. 2 let. b LIPAD, car elle risquait de mettre en péril des intérêts patrimoniaux légitimes d'une institution. Il y avait un intérêt public évident de sécurité et de confidentialité pour les droits patrimoniaux, tant de la ville que de la fondation, de ne pas divulguer le contenu de l'annexe en question. En outre, l'accès à ces documents était propre à porter atteinte à la sphère privée ou familiale de l'appelée en cause, qui pouvait être une institution. Une pesée des intérêts entre le souhait de M. A_____ de pouvoir accéder à l'annexe de la convention et l'intérêt de la ville à la protection de ses intérêts patrimoniaux et de la fondation à la protection de sa sphère privée, conduisait logiquement à confirmer la décision attaquée en restreignant l'accès à l'annexe de la convention. Au surplus, dans ladite annexe, il était possible que certaines œuvres ne soient que prêtées et que leur valeur d'assurance contienne des données privées sur la fortune personnelle de la famille G_____. Il s'agissait d'éléments devant être protégés, ce qui constituait un motif supplémentaire pour refuser l'accès aux documents. Celui-ci était également interdit en raison du secret fiscal protégé par l'art. 26 al. 2 let. i et j LIPAD.

La solution à laquelle la préposée avait abouti devait être confirmée, tant elle permettait l'accès à la documentation dont le contenu ne posait aucun problème, en préservant ainsi le principe de transparence mais en même temps refusait l'accès aux données protégées par la loi.

16. Le 7 mars 2011, le juge délégué a convoqué les parties pour une audience de comparution personnelle.

Celles-ci ont confirmé que le différent LIPAD ne portait que sur la mise à disposition des tiers de l'annexe à l'art. 8 de la convention passée entre la ville et la fondation.

Selon M. A_____, il avait formulé sa demande d'accès à l'annexe en question en son propre nom. Il se sentait pour cela en droit d'utiliser son papier à en-tête d'avocat. Pour être clair, s'il avait agi pour son compte, il savait que ce document était susceptible d'être utilisé par son associé, Me Z_____ et par le bureau d'architectes de son père, qui était en conflit avec M. G_____ au sujet de ses honoraires. S'il n'avait pas eu connaissance de ce différent civil, il n'aurait pas été intéressé par l'accès à la convention en question et à son annexe. Comme la signature de la convention entre la ville et la fondation avait été annoncée en grande pompe, indépendamment du litige qui opposait un client de son étude à M. G_____, il trouvait intéressant de connaître les détails de la convention en question. Il avait transmis une copie de celle-ci également à Me X_____ et à son père. S'il pouvait faire état de ces faits, c'était en accord avec le client de l'étude, qui l'avait délié du secret professionnel.

Selon la représentante de la fondation, cette dernière n'était pas propriétaire des objets. Néanmoins, dès lors qu'elle en était la dépositaire pour nonante neuf ans, le jour où les objets seraient prêtés au musée, le contrat d'assurance mentionnerait leur valeur d'assurance, ce qui constituait une donnée privée. Sur l'annexe existante, les objets n'ayant pas encore été prêtés, il n'y avait pas de liste de ceux-ci.

Sur ce, la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Depuis le 1^{er} janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1^{er} janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer.

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable (art. 56A de l'ancienne loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - aLOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 dans sa teneur au 31 décembre 2010).
3. En matière administrative, les faits doivent en principe être établis d'office par l'autorité de recours (art. 11 al. 2 LPA). Celle-ci doit doncordonner d'elle-même les mesures d'instruction raisonnablement exigibles permettant d'atteindre ce but. Le litige porte sur l'accessibilité au public d'une annexe à la convention

passée entre la ville et la fondation, visée à l'art. 8 de celle-ci. Le genre de ce document est connu puisqu'il s'agit d'une police d'assurance, même si son contenu n'est pas connu puisque ce document n'est pas versé à la procédure. La chambre de céans renoncera à exiger la transmission de ce document dès lors que la cause peut être jugée sans celui-ci, ainsi que cela sera exposé ci-après.

4. La LIPAD a pour but de favoriser la libre information de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 1 LIPAD). En édictant cette loi, le législateur a érigé la transparence au rang de principe aux fins de renforcer tant la démocratie que le contrôle de l'administration et de valoriser l'activité étatique et favoriser la mise en œuvre des politiques publiques (MGC 2000 45/VIII 7671 ss). Le principe de transparence est un élément indissociable du principe démocratique et de l'Etat de droit prévenant notamment des disfonctionnements et assurant au citoyen une libre formation de sa volonté politique (ATA/307/2008 du 10 juin 2008 ; A. FLUCKIGER, Le projet de loi sur la transparence in : L'administration transparente édité par T. Tanquerel et F. Bellanger, 2002, p. 142).

L'adoption de la LIPAD a renversé le principe du secret de l'administration pour faire primer celui de la publicité. Toutefois, l'application de la LIPAD n'est pas inconditionnelle. En effet, dans la mesure où elle est applicable, elle ne confère pas un droit d'accès absolu et fait l'objet d'exceptions, aux fins notamment de garantir la sphère privée des administrés et de permettre le bon fonctionnement des institutions (ATA/211/2009 du 28 avril 2009 ; ATA/307/2008 du 10 juin 2008 consid. 3 ; MGC 2000/VIII 7694).

5. Selon l'art. 24 LIPAD, toute personne a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par cette loi (art. 24 al. 1 LIPAD). La notion d' « institutions » au sens de cette disposition renvoie à celles énoncées aux art. 3 al. 1 et 2 LIPAD. En font notamment partie les communes (art. 3 al. 1 let. b LIPAD),

L'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 2 LIPAD).

6. L'art. 25 LIPAD stipule que les documents sont tous les supports d'information détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique (al. 1). Constituent notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (al. 2). En revanche, les notes à usage personnel, les brouillons ou autres textes inachevés ainsi que les procès-verbaux encore non approuvés ne constituent pas des documents (al. 4).

7. a. Selon l'art. 26 al. 1 LIPAD, sont soustraits au droit d'accès les documents à la communication desquels un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose. Tel

est le cas lorsque l'une ou l'autre des hypothèses visées à l'art. 26 al. 2 let. a à g LIPAD sont réalisées. Tel est également le cas pour les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs (art. 26 al. 3 LIPAD) ou les documents auxquels le droit fédéral ou une loi cantonale interdirait l'accès (art. 26 al. 4 LIPAD).

b. Dans le domaine de la LIPAD, l'intérêt personnel et la qualité du demandeur n'interfèrent en aucune manière dans l'examen de ces conditions. Bien que le cercle des bénéficiaires de l'accès à l'information ne soit pas précisé dans le texte de ces dispositions (ATA/621/2005 du 20 septembre 2005 consid. 3), l'exposé des motifs figurant dans le rapport du Conseil d'Etat à l'appui du projet de loi précise que le droit d'accès aux documents est un droit reconnu à chacun, sans restriction liée notamment 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 du principe de la transparence (et non en vertu des dispositions sur la protection des données personnelles ou des droits inhérents à la qualité de partie à une procédure), il n'y a pas de raison d'en refuser l'accès à d'autres personnes. Les exceptions prévues à l'art. 26 LIPAD constituent ainsi des clauses de sauvegarde pour les informations qui ne doivent pas être portées à la connaissance du public (ATA/621/2005 du 20 septembre 2005 consid. 3 ; MGC 2000/VIII, Volume des débats, séance 45, pp. 7691-7692). Dès lors, ce qui est décisif dans l'application de la LIPAD, c'est le contenu même de l'information sollicitée et non la qualité du requérant (ATA/621/2005 du 20 septembre 2005 consid. 3 ; F. BELLANGER, Note à propos de l'ATA/752/2004 précité, in SJ 2005 I p. 137 ss).

8. Les art. 28 et 30 LIPAD prévoient une procédure d'accès aux documents et de médiation en cas de différend sur leur communication. Une demande doit être formulée à l'institution par l'intéressé. Cette dernière doit consulter les institutions héritières dont les intérêts sont protégés par l'art. 26 LIPAD (art. 28 al. 4 LIPAD). L'acceptation, ou le refus, de la demande d'accès doit être signifié aux intéressés avec l'indication que le préposé cantonal peut être saisi d'une demande de médiation dans les dix jours suivants cette communication (art. 28 al. 6 et 30 al. 2 LIPAD).

En l'occurrence, cette procédure a été respectée par les parties.

9. Il s'agit de déterminer si la ville a le droit de ne pas donner accès à l'annexe à la convention qu'elle a passée avec l'appelée en cause.

Cette question doit être examinée indépendamment des motifs invoqués par le recourant à l'appui de sa demande. Il s'agit en fait de déterminer jusqu'à quel point la notion de transparence instaurée par la LIPAD autorise à rentrer dans le détail des conventions qu'une entité publique soumise à cette loi passe avec des tiers, institutions publiques ou privées.

La convention fait elle-même état, en son art. 8, de l'existence de cette annexe et - comme l'ont admis les parties à juste titre - elle fait partie des documents accessibles au public au sens de la LIPAD. Toutefois, la référence à cette annexe dans ce document ne conduit pas nécessairement à ce que celle-là le soit également. Si l'obligation de la ville de contracter une assurance pour les objets d'arts confiés n'a pas à être cachée et peut être connue par la prise de connaissance de la convention, l'accès aux documents concrétisant cette obligation est plus problématique et peut aller à l'encontre des intérêts privés de l'appelée en cause, voire de son fondateur. Ceci implique une pesée des intérêts en vertu de l'art. 26 al. 1 LIPAD.

En l'espèce, la convention passée entre la ville et l'appelée en cause porte sur la mise à disposition par la deuxième à la première d'une collection d'objets d'art dans le but qu'ils soient exposés dans un musée municipal. Il est prévu que la propriété de cette collection reste en mains privées, soit celles de la fondation ou du fondateur de l'appelée en cause, et que leur nombre peut fluctuer au gré des années. Dès lors doit être pris en considération l'intérêt privé de la fondation ou du propriétaire des objets d'art à ne pas voir divulguer des renseignements sur les caractéristiques, le nombre et la valeur des objets qu'elle mettra à disposition du musée au fil des années, susceptibles de servir des intérêts malveillants. Face à cela, on ne voit pas quel intérêt public à la divulgation de ces éléments pourrait être prépondérant qui imposerait qu'ils soient accessibles. C'est donc à juste titre qu'en application de l'art. 26 al. 2 let. b LIPAD, la ville a refusé de transmettre cette annexe, conformément à ce que préconisait la préposée, ceci par principe et sans qu'il y ait lieu de traiter la question au regard du contenu concret de ladite annexe.

10. Le recours sera rejeté. Seule la procédure de médiation étant gratuite (art. 31 al. 6 LIPAD), un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de M. A_____, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Conformément à la jurisprudence, aucune indemnité de procédure ne sera allouée à la ville, qui dispose de son propre service juridique (ATA/163/2011 du 15 mars 2011 ; ATA/81/2008 du 8 avril 2008) et n'expose pas avoir encouru des frais particuliers. En revanche, une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à la fondation G_____, qui y a conclu (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 28 octobre 2010 par Monsieur A_____ contre la décision du 27 septembre 2010 du Conseil administratif de la Ville de Genève ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de Monsieur A_____ ;

dit qu'aucune indemnité ne sera allouée à la Ville de Genève ;

dit qu'une indemnité de CHF 1'500.- sera allouée à la Fondation G_____, à la charge de Monsieur A_____ ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Monsieur A_____, à la Ville de Genève, ainsi qu'à la Fondation G_____.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste:

la présidente siégeant :

D. Werffeli Bastianelli

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :