

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/170/2004-TPE

ATA/752/2004

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 28 septembre 2004

dans la cause

TdG S.A.

contre

**DEPARTEMENT DE L'AMENAGEMENT, DE L'EQUIPEMENT ET DU
LOGEMENT**

et

**MEDIATRICE EN MATIERE D'INFORMATION DU PUBLIC ET D'ACCES
AUX DOCUMENTS**

EN FAIT

1. Le 10 octobre 2003, le département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (ci-après : DAEL) a diffusé un communiqué de presse concernant les mesures de réorganisation à l'office cantonal du logement et confirmant le remplacement de sa directrice, M. K. B. S., démissionnaire. L'audit relationnel, auquel le DAEL avait fait procéder, avait mis en lumière un certain nombre de carences. Quant à M. B. S., elle s'était vu confier d'autres responsabilités à la direction générale de l'Hospice général.
2. Ce communiqué de presse a été transmis notamment à la TdG S.A. (ci-après : L.T.).
3. Le 5 novembre 2003, L.T., sous la plume de son rédacteur en chef et du conseiller juridique de sa rédaction, a sollicité du président du DAEL la production intégrale de l'audit précité, invoquant l'intérêt public évident à connaître la teneur exacte de ce document, ou tout au moins les conclusions de celui-ci. Les requérants ne s'opposaient pas à ce que ledit document soit, cas échéant, "caviardé". La demande reposait sur les articles 24 et suivants de la loi sur l'information du public et l'accès aux documents du 5 octobre 2001, entrée en vigueur le 1er mars 2002 (LIPAD - A 2 08).
4. Par lettre-signature du 19 novembre 2003, le président du DAEL a refusé de donner suite à cette requête au motif que l'audit était susceptible de porter atteinte à la sphère privée des personnes concernées, faisant ainsi référence à l'article 26, alinéas 1 et 2 lettre g LIPAD. Quant au "caviardage", il rendrait le document illisible.

Cette décision était susceptible d'être déférée à la médiatrice dans les 10 jours.
5. Par requête de L.T. du 20 novembre 2003, la médiatrice a été saisie. L.T. insistait sur l'intérêt public à connaître la teneur de cet audit portant sur l'office cantonal du logement, partie intégrante de l'Etat. Le citoyen était en droit de connaître les dysfonctionnements dénoncés. Le motif invoqué par le président du DAEL pour refuser de délivrer ce document ne résistait pas à l'examen puisque pour éviter toute atteinte à la sphère privée ou familiale des personnes dont le nom serait cité, L.T. avait d'ores et déjà fait part de son accord avec le "caviardage" du nom de ces personnes. De plus, elle avait requis la communication des conclusions de l'audit et le président du DAEL ne se prononçait pas sur cette demande.
6. Après avoir sollicité l'avis du président du DAEL et consulté le dossier, la médiatrice a constaté l'échec de sa médiation et elle en a informé le président du DAEL par lettre-signature du 7 janvier 2004 en invitant celui-ci à rendre une décision dans les 10 jours.

7. Par lettre-signature du 19 janvier 2004 adressée à L.T., le président du DAEL a réitéré son refus, car il s'était engagé auprès des personnes mises en cause à ne pas divulguer le rapport, celles-ci n'ayant de plus pas eu l'occasion de s'exprimer sur les appréciations portées à leur égard et les propos rapportés n'ayant pas fait l'objet de vérifications. Cette nouvelle décision était susceptible de recours dans les 30 jours auprès du Tribunal administratif.
8. Par acte posté le 29 janvier 2004, L.T. a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif en concluant, pour les motifs déjà exposés, à l'annulation de la décision du président du DAEL du 19 janvier 2004 et, cela fait, à l'accès partiel aux conclusions du rapport d'audit après « caviardage » des prénoms et noms de famille y figurant.
9. Le 1er mars 2004, le président du DAEL a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours au motif que la requérante était une société anonyme poursuivant un but lucratif et ne pouvait selon la jurisprudence se prévaloir de la LIPAD. Au fond, le recours devait être rejeté en raison de la confidentialité promise aux intéressés.
10. Le juge délégué a requis du président du DAEL le rapport d'audit en application de l'article 37 alinéa 4 LIPAD. Ce document lui a été communiqué à titre confidentiel le 22 mars 2004.
11. Le 29 mars 2004, le juge délégué a prié le président du DAEL de lui indiquer le nom des personnes de la direction de l'OCL qui avaient eu connaissance de l'audit - comme cela ressortait du communiqué de presse du 10 octobre 2003 - et si celles-ci avaient eu accès à l'intégralité du rapport.

Le 5 avril, il lui a été répondu que les personnes suivantes avaient "procédé individuellement à la lecture du rapport d'audit, dans son intégralité", sans en recevoir copie, à savoir :

M. G. A., alors directeur général;

M. C.P., alors directeur du secteur immeubles;

M. K. B.-S., alors directrice du secteur locataires;

M. M.-C. D., alors directrice-adjointe du secteur locataires.
12. Le 8 avril 2004, le juge délégué a écrit à chacune de ces personnes afin de savoir si, à titre personnel, celles-ci s'opposaient à la remise de l'audit à L.T.. A l'exception de M. P., les personnes précitées ont répondu qu'elles s'y opposaient, que le document soit caviardé ou non.

Cet audit "relationnel" ne reposait pas sur des faits, mais sur des ouï-dire, des ragots et des rumeurs au sujet desquels les personnes mises en cause n'avaient pu se prononcer.

Les commentaires et analyses des membres de la direction n'y figuraient pas.

Le fonctionnement des services et la qualité des prestations fournies n'avaient pas été pris en considération.

Rendre public un tel rapport, dont elles-mêmes n'avaient pas reçu copie et qu'elles avaient pu lire pendant 20 minutes seulement, porterait certainement atteinte à leur sphère privée.

13. Ces réponses ont été transmises à L.T. qui a déclaré persister dans son recours. La notion "d'audit relationnel" lui était inconnue et il n'était pas concevable qu'un tel document, certainement payé sur les deniers publics, soit assimilé à une consignation de ragots, comme l'indiquaient les intéressés.

14. Afin de respecter le droit d'être entendu des autres personnes dont le nom figurait expressément dans l'audit et dans le respect de l'article 28 alinéa 4 LIPAD, le juge délégué a écrit le 28 juin 2004 aux dix-sept personnes concernées, en les invitant à venir consulter au greffe du tribunal de céans les passages de ce document les concernant et à préciser si, à titre personnel, elles s'opposaient à la remise de l'audit – caviardé ou non – à la TdG, en application de la LIPAD.

Seule une personne ne s'est pas manifestée.

Onze personnes sont venues au greffe. Après avoir pris connaissance du passage les concernant, elles se sont toutes opposées à la transmission de l'audit à la TdG, caviardé ou non.

Cinq personnes ne se sont pas déplacées mais se sont déterminées par courrier.

Il en résulte que :

Cinq personnes ont accepté que l'audit soit remis non caviardé à la recourante ;

Onze ont refusé cette transmission, que l'audit soit caviardé ou non. Les motifs invoqués peuvent être ainsi résumés :

- soit la personne – travaillant encore dans le service – craignait que la publication du rapport ne nuise à la réorganisation effectuée ;
- soit la personne ayant quitté l'Etat, ne voulait plus « remuer » ces histoires ;

- la plupart des personnes opposées exprimaient le sentiment d'avoir été trahies du fait que leur nom apparaissait dans l'audit alors que la confidentialité leur avait été promise par l'enquêteur et par le président du département.

A ces personnes il faut ajouter trois des quatre membres de la direction (M. A. et M. B.-S. et D.) qui s'étaient initialement opposés à la remise à la presse de l'audit, comme exposé ci-avant dans la partie en faits.

15. Par courrier du 10 septembre 2004, le président du DAEL a précisé que M. O. B., L. P. ainsi que M. P. W. n'étaient plus collaborateurs de la DLO et qu'elles figuraient parmi les personnes ayant répondu favorablement à la requête de la recourante.
16. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 37 LIPAD ; art. 63 al. 1 litt a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. L'intimé conclut à l'irrecevabilité du recours au motif qu'une personne morale ne peut se prévaloir de la LIPAD, ainsi qu'en a jugé le tribunal de céans (ATA/48/2003 du 21 janvier 2003).

Dans ce dernier arrêt, le tribunal avait en effet refusé à la société anonyme recourante l'accès aux documents dont elle sollicitait la consultation car cela l'aurait placée dans une situation meilleure qu'une concurrente et qu'elle ne pouvait se prévaloir de la LIPAD dont le but, tel qu'il est défini en son article premier, est de favoriser la libre formation et la participation à la vie publique.

L'article premier de la loi ne précise cependant pas à qui est garantie "l'information relative aux activités des institutions visées à l'article 2", parmi lesquelles figurent notamment le pouvoir exécutif et son administration (art. 2 al. 1 lit a) LIPAD).

Il ressort des travaux préparatoires et de l'ATA précité que toute personne peut demander l'accès aux documents visés par la loi, sans être nécessairement un citoyen, "pris dans sa définition constitutionnelle", selon la terminologie de la commission judiciaire du Grand Conseil (Mémorial des séances du Grand Conseil 2001 49/X 9681 ad art. 1er).

C'est d'ailleurs cette formulation qui est reprise à l'article 24 alinéa 1 LIPAD.

3. Il n'est pas contesté que l'audit dont la production est requise soit un document au sens de l'article 25 alinéas 1 et 2 LIPAD.
4. L'article 33 LIPAD intitulé "droit à l'information" se trouve dans la section 1 sous le titre "Facilités accordées aux médias" et mentionne expressément "les médias et les journalistes indépendants appelés à suivre régulièrement les affaires genevoises".
5. Selon l'article 33 alinéa 2 LIPAD, les demandes desdits médias et journalistes indépendants sont du ressort des organes désignés à l'article 17 alinéa 2 pour les affaires respectives des institutions visées par cette disposition, soit en l'espèce du Conseil d'Etat et de l'administration cantonale (art. 17 al. 2 lit b).

C'est ainsi à juste titre que la demande a été traitée par le président du DAEL.

6. La nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999, entrée en vigueur le 1er janvier 2000 (Cst féd - RS 101) recense dans le chapitre premier, Droits fondamentaux, une série de libertés personnelles, dont celle d'opinion et d'information (art. 16).

Selon la doctrine, l'expression "libertés de communication" utilisée actuellement regroupe un ensemble de libertés qui ont pour objet de garantir la libre formation, la libre expression et la libre réception des opinions par la parole, l'écrit, l'image, le signe, le geste et le symbole. Liberté d'expression, liberté d'opinion, liberté d'information, liberté de la presse, liberté de la radio-télévision, liberté de l'art, liberté de la science - toutes participent d'une façon ou d'une autre à cette protection large, laquelle s'étend donc à tout le cheminement des nouvelles, des idées et du savoir au sein de la société civile, dès leur émission jusqu'à leur réception, en passant par leur développement, leur diffusion, leur discussion et leur critique" (A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, volume II, Les droits fondamentaux, Berne, 2000, p. 249).

Selon ces auteurs, "lesdites libertés de communication appartiennent en principe à toute personne, qu'elle soit physique ou morale (ATF 123 IV 236 et 244; ACEDH Autronic du 22 mai 1990, série A, no 178), suisse ou étrangère, mineure ou majeure, qui participe, à un titre quelconque, dans un but particulier et à un stade déterminé, au processus de la communication sociale" (op. cit. p. 260).

7. Au vu de ces libertés constitutionnelles fondamentales, il apparaît que le droit à l'information, réservé par l'article 33 alinéa 1 LIPAD, aux seuls "médias et journalistes indépendants appelés à suivre régulièrement les affaires genevoises" est par trop restrictif.

L.T. emploie des journalistes professionnels dont il est notoire qu'ils s'intéressent de près à l'activité politique genevoise. Par leurs articles, ils apportent à leurs lecteurs une information essentielle sur l'activité étatique notamment, et sur ses éventuels dysfonctionnements. Par là, ces journalistes permettent à chacun, contribuable ou non de ce canton, de se forger une opinion et de participer à la vie publique en toute connaissance de cause.

Aussi - et bien que l'activité journalistique de L.T. soit exercée par une personne morale - le but que poursuit celle-ci diffère totalement de celui de la société anonyme dont le recours avait été déclaré irrecevable pour les raisons énoncées ci-dessus (ATA/48/2003 précité).

8. En conséquence, le recours de L.T. sera déclaré recevable. Toute autre solution conduirait à un résultat absurde en ce sens que seul un journaliste indépendant pourrait requérir un tel document alors que de nombreux journaux et médias sont propriétés de sociétés de capitaux.
9. a) L'Etat refuse l'accès à l'audit en invoquant l'article 26 alinéa 1 lit g LIPAD, soit le fait que la remise de ce document à la recourante porterait atteinte à la sphère privée ou familiale des personnes visées.
b) Il faut rappeler que c'est le DAEL, dans le communiqué de presse diffusé par ses soins le 10 octobre 2003, qui a annoncé sa demande d'un "audit relationnel" de l'Office cantonal du logement (ci-après : OCL), "afin de faire la lumière sur le climat de tension et de malaise, apparemment profond, régnant au sein du personnel" dudit office, lequel constitue un service important de l'Etat auquel nombre d'administrés ont affaire.

Dans ce communiqué figuraient les noms des responsables de cet Office, lesquels ne sont nullement secrets, soit MM. A. et P., ainsi que M. B.-S. et D..

De plus, une polémique a surgi - dans la presse également - à la suite de la nomination de M. B.- S. à la tête de l'Hospice général, une administration encore plus importante que l'OCL.

M. B. S. ayant finalement renoncé à ce poste, le président du DAEL a fait publier une lettre ouverte, dans L.T. d'ailleurs.

C'est dans ce contexte que ce journal a souhaité pouvoir porter à la connaissance de ses lecteurs l'audit en question, qualifié d'"Arlésienne très influente" sous la plume de M. J.-N. C., journaliste et conseiller juridique de la rédaction, dans un article paru le 10 février 2004.

10. Reste à examiner si l'intérêt des quatorze personnes opposées à cette transmission, pour des motifs dont on peut estimer qu'ils entrent dans le respect de leur sphère privée et familiale - respect dont il est douteux que l'Etat puisse se

prévaloir – doit primer l'intérêt des cinq personnes concernées favorables à cette publication d'une part, et l'intérêt public déjà évoqué du droit du citoyen à l'information, d'autre part.

Quant aux promesses de confidentialité faites par « l'auditeur » et par le président du département, elles ne lient pas le tribunal de céans. De telles promesses n'avaient en effet pas lieu d'être au sujet d'un rapport daté du 30 septembre 2003 alors que la LIPAD était en vigueur depuis le 1^{er} mars 2002.

11. A cet égard, le tribunal retiendra que :

- cet office a été réorganisé et la publication du rapport, dénonçant une situation à laquelle il a été remédié, pourrait néanmoins s'avérer utile malgré les craintes des personnes y travaillant encore ;

inversement :

- la publication dudit rapport pourrait conforter la position de personnes qui ont jusqu'ici fait l'objet de critiques sans pouvoir y répondre ;

- elle pourrait faire ressortir les réformes rendues nécessaires ;

- enfin, elle permettrait au citoyen de savoir ce qu'est un audit relationnel et d'apprendre comment sont utilisés les deniers de l'Etat.

Après consultation du texte intégral de l'audit et après avoir tenté de le caviarder, le tribunal est parvenu à la conclusion que la publication intégrale devait être autorisée ou refusée mais qu'un caviardage même partiel, tel qu'il est prévu par l'article 27 LIPAD – des noms ou des passages les plus critiques – rendrait le document illisible ou sans intérêt.

Au vu de la pesée des intérêts à laquelle il a procédé, le tribunal de céans estime que l'intérêt public du droit du citoyen à l'information concernant le mode de fonctionnement de l'Etat au sens large doit primer l'intérêt privé des quatorze personnes directement concernées s'opposant d'une manière générale à la publication de ce rapport car la protection de leur sphère privée ou familiale (seule exception entrant en ligne de compte au sens de l'article 26 litt g LIPAD) doit s'effacer en l'espèce devant un nécessaire besoin de transparence qui entre parfaitement dans le but poursuivi par cette loi tel qu'il est exprimé en son article premier.

Ce besoin de transparence a d'ailleurs été souligné par plusieurs députés lors des débats parlementaires pour être opposé à ceux qui avaient jusqu'au vote de cette loi « une culture du secret » (Mémorial des séances du Grand Conseil, rapport de la commission judiciaire chargée d'étudier le PL 8536 du Conseil d'Etat sur la LIPAD

– 54^{ème} législature, 4^{ème} année, session 12 (octobre 2001) séance 49 du 5 octobre 2001 à 17h.).

15. Certes, il est paradoxal qu'un document puisse être communiqué à un journal alors que les membres de la direction ont pu en prendre connaissance pendant 20 minutes selon leurs dires, sans en recevoir copie, et que les autres personnes consultées par le tribunal de céans n'avaient jamais eu accès à celui-ci. Cette violation du droit d'être entendu a cependant été réparé dans le cadre de la présente procédure et de plus, la LIPAD a réservé le droit de rectification qui devrait assurer l'exactitude des indications ainsi rendues disponibles.

16. En conséquence, le recours de La TdG sera admis.

L'intégralité de l'audit non caviardé lui sera communiquée.

Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée, faute de demande dans ce sens (art. 87 LPA).

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 29 janvier 2004 par La TdG S.A. contre la décision prise le 19 janvier 2004 par le président du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement refusant l'accès à l'audit même caviardé portant sur l'office cantonal du logement ;

au fond :

l'admet ;

communique à La TdG S.A. l'audit relationnel intégral établi le 30 septembre 2003 par M. R. L. ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ni alloué d'indemnité ;

communique le présent arrêt à La TdG S.A., au président du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement, au secrétariat de la Médiatrice en matière d'information du public et d'accès aux documents.

Siégeants :

M. Schucani, président, M. Paychère, Mmes Bovy, Hurni, M. Thélin, juges.

Au nom du Tribunal Administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

le juge président :

D. Schucani

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :