

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4690/2008-CE

ATA/295/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 4 mai 2010

dans la cause

Monsieur J_____

représenté par Me Stéphane Grodecki, avocat

contre

CHANCELLERIE D'ÉTAT

et

**MADAME LA MÉDIATRICE EN MATIÈRE D'INFORMATION DU PUBLIC
ET D'ACCÈS AUX DOCUMENTS**

EN FAIT

1. Le 15 octobre 2008, Monsieur J_____, avocat, a écrit à la Chancellerie d'Etat (ci-après : la chancellerie) sur papier à en-tête d'une étude d'avocat. Il demandait « une copie de tous les avis de droit établis ou reçus par votre chancellerie en rapport avec la réglementation canine du canton de Genève depuis 2004, en particulier sur l'initiative 137 « pour l'interdiction des races de chiens d'attaque ou autres chiens dangereux » (ci-après : IN 137), la loi sur les conditions d'élevage, d'éducation et de détention des chiens du 17 décembre 2007 et ses dispositions d'application, le règlement transitoire concernant le port de la muselière du 26 septembre 2006 et le règlement d'exécution sur l'interdiction des chiens dangereux du 23 avril 2008 », en application de l'art. 24 de la loi sur l'information du public et l'accès aux documents du 5 octobre 2001 (LIPAD - A 2 08) ».
2. Le secrétaire général de la chancellerie lui a répondu le 27 octobre 2008. Cette autorité ne disposait pas d'avis de droit relatifs à la réglementation canine susceptibles de lui être communiqués, au sens de la LIPAD. Il lui était loisible de saisir, dans un délai de dix jours, la médiatrice en matière d'information au public et d'accès aux documents (ci-après : la médiatrice), conformément à l'art. 32 al. 2 LIPAD.
3. Le 28 octobre 2008, le conseil de M. J_____ a écrit à Madame S_____, médiatrice. Il persistait dans sa demande d'accès aux documents sollicités. Rappel était fait de son courrier du 15 octobre 2008 et de la réponse de la chancellerie du 27 octobre 2008.

Le refus de transmission des documents précités était contraire à l'art. 24 LIPAD. C'était pour des raisons de recherches juridiques personnelles couvertes par la liberté de la science que le requérant avait demandé accès aux avis de droit en question. Outre le droit d'accès aux documents, celui d'effectuer des recherches scientifiques était violé.
4. Le 19 novembre 2008, sur requête de la médiatrice, le conseil de M. J_____ a précisé que la requête de son client visait « tous les avis de droit détenus par la chancellerie, que cela soit des avis de droit externes à l'administration ou les avis de droit (notes juridiques) internes à l'administration ». La demande d'accès visait aussi bien les documents intitulés « avis de droit » ou « notes juridiques » que ceux intitulés « notes internes », qui étaient en réalité des avis de droit internes dont la dénomination pouvait avoir été modifiée afin d'échapper à l'application de l'art. 24 LIPAD.

5. Le 5 décembre 2008, la médiatrice a écrit au Chancelier d'Etat (ci-après: le chancelier). Elle constatait l'échec de la médiation malgré son intervention.

Après avoir rappelé les faits à l'origine du litige et la position divergente adoptée par les parties, ainsi que les règles matérielles et procédurales régissant les demandes de renseignements et d'accès aux documents de l'administration, la médiatrice a invité le chancelier à notifier au requérant une décision de refus motivée en son domicile élu.

6. Le 15 décembre 2008, le chancelier a écrit à M. J_____. La chancellerie persistait dans la teneur de son courrier du 27 octobre 2008, dans lequel elle indiquait ne pas disposer d'avis de droit relatifs à la réglementation canine susceptibles d'être communiqués au sens de la LIPAD.

7. Par acte posté le 19 décembre 2008, M. J_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision du 15 décembre 2008.

Il était doctorant et intéressé par le droit administratif genevois. De la réponse de la chancellerie du 27 octobre 2008, il découlait que celle-ci disposait d'avis de droit, mais considérait qu'ils ne pouvaient lui être communiqués. Il n'était pas possible que la chancellerie ne dispose d'aucun avis de droit, notes juridiques ou autres documents juridiques sur la question, dans la mesure où la réglementation canine avait fait l'objet de deux arrêts récents du Tribunal fédéral, dans lesquels l'intimé était le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève. Référence était faite aux ATF 133 I 145 et 133 I 172. En outre, la chancellerie avait préparé le rapport du Conseil d'Etat sur la validité de l'IN 137. Au vu de l'analyse juridique contenue dans ce document, celui-ci devait être considéré comme susceptible d'être transmis. Pourtant, la chancellerie ne l'avait jamais mentionné dans ses échanges de correspondance.

La décision litigieuse violait dès lors le droit à la motivation garantie par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101). Compte tenu du caractère laconique de la motivation de la décision attaquée, il n'arrivait pas en effet à savoir si la chancellerie ne disposait d'aucun avis de droit, notes juridiques ou notes internes sur la réglementation canine ou si elle se refusait à les communiquer. Sur le fond, la LIPAD lui consacrait un droit d'accéder aux documents sollicités. Les avis de droit, notes internes, notes juridiques sur la réglementation canine étaient des documents susceptibles d'être accessibles en vertu de l'art. 24 al. 1 LIPAD. Ils n'entraient pas dans les exceptions au droit d'accès visées par l'art. 26 al. 3 LIPAD dans la mesure où il s'agissait d'analyses juridiques objectives susceptibles d'intéresser un citoyen.

8. Le 27 février 2009, le chancelier a répondu au recours. Il conclut à son rejet. Il rappelait la délibération publique du 21 novembre 2008 lors de laquelle le

Tribunal fédéral avait rejeté le recours d'une justiciable genevoise représentée par un membre de l'étude dans laquelle M. J. _____ travaillait, ainsi que la réaction exprimée dans la Tribune de Genève et le Matin par l'avocat en question, le 22 novembre 2008.

Sur le fond, la chancellerie ne disposait d'aucun avis de droit relatif à la réglementation canine. Le recourant avait modifié sa demande au fil du temps. Le 15 octobre 2008, il avait demandé que la chancellerie fournisse une copie de tous les avis de droit. Le 19 novembre 2008, après un entretien téléphonique avec la médiatrice, il avait précisé que la demande visait les avis de droit tant externes qu'internes.

Sur le fond, le droit d'accès aux documents prévu par la LIPAD n'était pas absolu. Étaient exclus de celui-ci, les brouillons et projets ainsi que les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs. Le rôle de la chancellerie consistait à préparer les séances du Conseil d'Etat et de lui fournir des compléments d'informations. Dans ce contexte, elle dispensait des notes à caractère juridique, technique ou financier et participait également au processus législatif en élaborant ou en corrigeant des projets de lois et de règlements. Sur le plan juridique, elle était souvent amenée à analyser des questions délicates et à proposer au Conseil d'Etat, sous la forme d'avis de droit, des solutions ou alternatives, dans le respect du principe de la légalité. Elle pouvait ainsi émettre des recommandations juridiques, étant précisé que c'était le Conseil d'Etat qui prenait les décisions à la suite d'une appréciation politique des différents paramètres. Pour le bon déroulement du processus décisionnel, il fallait garantir à ce dernier et à ses collaborateurs un espace de négociation, de discussion et de délibération. Rendre public les avis de droit ou les autres documents préparatoires y relatifs entraverait la libre formation de l'opinion du gouvernement. De ce fait, les documents émis par la chancellerie étaient couverts par l'art. 26 al. 3 LIPAD. Dès lors, même si la chancellerie disposait d'avis de droit sur le sujet faisant l'objet de la présente cause - ce qui n'était pas le cas - le recours de M. J. _____ devrait être rejeté.

9. Le 3 mars 2009, le juge délégué a adressé aux parties une lettre les informant de la clôture de l'instruction. Un délai leur était accordé pour formuler des requêtes complémentaires.
10. Sur demande du recourant, le juge délégué a tenu une audience de comparution personnelle des parties le 3 avril 2009.

M. J. _____ a persisté dans les termes de son recours.

Le chancelier a maintenu la position énoncée dans son mémoire de réponse. Même si la chancellerie disposait d'avis de droit tels que ceux sollicités, le gouvernement ne voyait pas l'utilité d'alimenter à des fins commerciales une

étude d'avocats, spécialisée dans un domaine particulier, sous le couvert de besoins scientifique et personnel de ses collaborateurs. En rapport avec la législation sur les chiens, il y avait certainement eu des notes juridiques internes destinées au Conseil d'Etat. Aucune de ces notes n'avait été rendue publique. Elles étaient formellement adressées soit au Conseil d'Etat, soit à un conseiller d'Etat ou encore au chancelier et étaient signées par leur auteur.

Le recourant a requis la production des notes juridiques évoquées par le chancelier, ce à quoi ce dernier s'est opposé, dans la mesure où il n'appartenait pas à la chancellerie de jouer le rôle d'archiviste pour rechercher de tels documents.

11. Le 31 juillet 2009, le juge délégué a prié le chancelier d'effectuer toute recherche utile afin de transmettre tous les avis de droit établis ou reçus par l'un ou l'autre des départements de l'Etat de Genève depuis le 1^{er} janvier 2004, en rapport avec la législation en vigueur à cette date, relative à l'élevage, l'éducation ou la détention de chiens, à l'IN 137, à la loi sur les conditions d'élevage, d'éducation et de détention des chiens du 17 décembre 2007 et ses dispositions d'application, ainsi que le règlement transitoire concernant le port de la muselière du 26 septembre 2006 et le règlement d'exécution sur l'interdiction des chiens dangereux du 23 avril 2008. Les documents identifiés pouvait être transmis avec une requête de maintien en confidentialité selon l'art. 37 al. 4 LIPAD.
12. Le chancelier a répondu le 22 octobre 2009. Il a produit deux documents en demandant de veiller à leur caractère confidentiel à l'endroit des parties et, plus généralement, de tous tiers en application de l'art. 37 al. 4 LIPAD. La requête du recourant avait varié avec le temps. A l'origine elle ne concernait que les avis de droit relatifs à la réglementation canine détenus par la chancellerie. Les documents en question tombaient sous le coup de l'art. 26 al. 3 LIPAD et n'avaient pas à être transmis.
13. Le 26 mars 2010, le juge délégué a établi un procès-verbal d'ouverture des deux enveloppes transmises par le chancelier, qu'il a placées, avec leur contenu, sous la désignation « annexe 1 » et « annexe 2 », dans une enveloppe commune soustraite à la consultation, après avoir pris connaissance de leur contenu.
14. Il a avisé les parties le même jour que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A al.1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 60 al. 1 LIPAD ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. La LIPAD a fait l'objet de modifications le 9 octobre 2008, promulguées le 12 décembre 2008, entrées en vigueur le 9 octobre 2008. Partant, c'est cette loi dans sa teneur actuelle qui est applicable au présent recours.

3. La LIPAD a pour but de favoriser la libre formation 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 (Mémorial des séances du Grand Conseil 2000 45/VIII 7671ss). Le principe de transparence est un élément indissociable du principe démocratique et de l'Etat de droit prévenant notamment des dysfonctionnements 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 Fr. 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 (ATA211/2009 du 28 avril 2009 ; ATA/307/2008 du 10 juin 2008 consid. 3 ; MGC 2000/VIII 7694).

4. Selon l'art. 24 LIPAD, toute personne a accès aux documents en possession des institutions, dont font notamment partie la chancellerie et le Conseil d'Etat (art. 2 al. 1^{er} let. a LIPAD), sauf exception prévue ou réservée par cette loi (art. 24 al. 1 LIPAD). L'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 2 LIPAD).

5. 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).

6. a. Selon l'art. 26 al. 1^{er} 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 en ce que 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 (F. BELLANGER, note à propos de l'ATA/752/2004 précité, in SJ 2005 I p. 137 ss ; ATA/621/2005 du 20 septembre 2005 consid. 3).

7. Le litige porte exclusivement sur les deux documents transmis par la chancellerie suivant la procédure prévue à l'art. 37 al. 4 LPA, dont elle conteste qu'ils soient accessibles au public en vertu de la LIPAD.

Il s'agit de deux rapports datés et signés, adressés au chancelier par une cellule juridique de l'administration au sujet de questions de droit se rapportant à la législation sur les chiens. Ces deux documents adressés à un tiers par leur auteur, ne peuvent être assimilés à des notes à usage personnel ou à des brouillons ou autres textes inachevés (l'art. 25 al. 4 LIPAD ; MGC 2000/VIII 7691). Ils constituent donc des documents visés aux art. 25 al. 1 et 2 LIPAD susceptibles d'être consultables en vertu de l'art. 24 LIPAD (MGC 2000/VIII 7694).

Toutefois, s'ils sont formellement adressés au chancelier, leur contenu révèle que leur destinataire en est le Conseil d'Etat. Le premier d'entre eux (annexe 1) a été rédigé en vue d'une séance future de cette autorité, dont la date est mentionnée dans le document. Le deuxième (annexe 2) contient certaines recommandations à l'attention du Conseil d'Etat qui est expressément désigné dans le texte comme son destinataire. Ils s'inscrivent dans le cadre des rapports qu'entretient cette autorité collégiale avec ses collaborateurs dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives et sont donc soustraits à l'accès du public, en vertu de l'article 26 al. 3 LIPAD.

8. Le recours sera rejeté.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 19 décembre 2008 par Monsieur J_____ contre la décision de la chancellerie d'Etat du 15 décembre 2008 ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

dit que, conformément aux art. 82 et 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 Me Stéphane Grodecki, avocat du recourant, ainsi qu'à la chancellerie d'Etat et à la médiatrice en matière d'information du public et d'accès aux documents.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges,
M. Bonard, juge-suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

F. Glauser

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :