RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1484/2021-LIPAD **ATA/778/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 27 juillet 2021

dans la cause

A_____
représentée par Me Boris Lachat, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DU LOGEMENT ET DE LA PLANIFICATION FONCIÈRE

et

Madame B_____ et Monsieur C_____
représentés par l'ASLOCA

EN FAIT

1) La A_____ (ci-après : A_____) est propriétaire de l'immeuble sis chemin D_____, à E_____.

Cet immeuble a été assujetti à la loi générale sur le logement et la protection des locataires du 4 décembre 1977 (LGL - I 4 05) jusqu'au 31 décembre 2011.

2) Le 22 juin 2020, Madame B_____ et Monsieur C_____ (ci-après : les locataires) ont pris un appartement à bail dans cet immeuble.

Par requête du 28 août 2020, les locataires, représentés par l'Association genevoise des locataires (ci-après : ASLOCA) ont saisi la juridiction des baux et loyers d'une contestation du loyer initial.

Ils ont conclu notamment à ce qu'un calcul de rendement soit ordonné et en conséquence qu'il soit ordonné à la A_____ de produire les pièces en sa possession permettant ledit calcul.

3) Le 28 août 2020, en parallèle, les locataires ont sollicité de l'office cantonal du logement et de la planification foncière (ci-après : OCLPF) la remise des pièces utiles à l'établissement d'un calcul de rendement, notamment l'arrêté définitif du Conseil d'État, les justificatifs des charges courantes des trois derniers exercices précédents la sortie de l'immeuble du contrôle de l'État, le compte de réserve pour travaux et le dernier état locatif nominatif.

4) Le 3 novembre 2020, la A_____ s'est opposée à la remise par l'OCLPF des documents sollicités par l'ASLOCA pour le compte de ses mandataires.

5) Le 11 novembre 2020, l'OCLPF a informé la représentante des locataires qu'il n'entendait pas procéder à la transmission des documents requis. Les documents en question ne reflétaient plus son activité, puisque l'immeuble était hors de la période de contrôle. La protection des données personnelles de tiers était désormais prépondérante. Les pièces pertinentes devaient par conséquent être requises et produites dans le cadre de la procédure civile, l'OCLPF ne pouvant s'immiscer dans un différend de droit privé lui étant étranger.

6) Le 23 novembre 2020, les locataires ont sollicité la mise en place d'une médiation par le préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après : le préposé), laquelle est intervenue le 26 janvier 2021, sans qu'un accord ait pu être trouvé.

7) Le 11 mars 2021, la préposée cantonale adjointe à la protection des données et à la transparence (ci-après : la préposée adjointe) a recommandé la remise des documents sollicités.

8) La A_____ s'y est opposée une nouvelle fois le 24 mars 2021.

9) L'OCLPF a, par décision du 26 mars 2021, constaté l'absence dans son dossier des justificatifs des charges courantes des trois derniers exercices précédents la sortie du contrôle étatique de l'immeuble sis _____, chemin D_____ notamment et a décidé de communiquer aux locataires :

- l'arrêté rendu le 26 février 2003 par le Conseil d'État approuvant le transfert des prestations de l'État à la A_____, sous réserve du caviardage de l'identité des tiers autres que celle de la A_____ ;

- le plan financier définitif du 23 juillet 1998 sous-tendant l'arrêté du 26 février 2003, sous réserve du caviardage de l'identité des tiers y figurant ;

- la vérification du calcul des réserves pour entretien au 31 décembre 2008 daté du 18 août 2019 liée aux immeubles sis chemin D_____ ;

- le dernier état locatif approuvé le 21 septembre 2009 par le service compétent afférent aux immeubles en question, sous réserve du caviardage de l'identité des locataires figurant dans ce document.

10) Dans une recommandation datée du 30 août 2019, le préposé a considéré que, dans le cadre d'une procédure en baisse de loyer initiée par l'ASLOCA, pour le compte de locataires, ces derniers avaient qualité pour solliciter la modification de l'état locatif agréé de l'immeuble considéré, ainsi que celle de contester toute décision y relative (art. 42 ss LGL). Ils avaient la qualité de partie au sens de l'art. 60 let. a et b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), si bien qu'à ce titre, ils pouvaient consulter les pièces relatives à la fixation et à la modification des loyers autorisés (art. 42 al. 8 LGL). Dès lors, la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD - A 2 08) devait céder le pas à la LPA, de sorte que l'accès aux deux documents en cause, à savoir la vérification du calcul des réserves et le dernier état locatif, devait être examiné sous l'angle de cette dernière loi, dans le cadre du litige évoqué.

11) L'OCLPF, dans cette même cause, qui ne concerne pas la présente procédure, a rendu une décision le 12 septembre 2019 sur la base de cette recommandation du 30 août 2019. Il a rappelé que la LIPAD ne s'appliquait pas aux procédures pénales et administratives en cours, et que la procédure devant le Tribunal des baux et loyers était soumise au code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272). De plus, l'immeuble en cause n'était plus assujetti au contrôle étatique depuis le 1er septembre 2019, de sorte que la loi

générale sur les zones de développement du 29 juin 1957 (LGZD - L 1 35), la LGL et la LPA ne trouvaient plus application depuis cette date.

12) La A_____ a formé recours à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative) contre la décision de l'OCLPF du 26 mars 2021 par acte déposé le 30 avril 2021 et a préalablement conclu à l'appel en cause du préposé, subsidiairement à son audition et plus subsidiairement encore à ce que sa position soit recueillie par écrit s'agissant de son changement de pratique et expliquant notamment les contradictions entre ses déterminations du 30 août 2019 et du 11 mars 2021.

La décision attaquée de l'OCLPF avait pour seule justification la recommandation de la préposée adjointe du 11 mars 2021, qu'elle faisait pleinement sienne. Or, cela revenait en substance, tant pour le préposé que pour l'OCLPF à revenir sur leur pratique et la solution adoptée dans les recommandations du 30 août 2019 et décision du 12 septembre 2019 susmentionnées. La situation juridique du préposé était donc susceptible d'être affectée par l'issue de la présente procédure. Il se justifiait dès lors de l'appeler en cause, ce d'autant plus que la contradiction entre la recommandation du préposé et celle de la préposée adjointe était incompréhensible. Le préposé devait pouvoir en expliquer les motifs, si tant est qu'ils existent, à la chambre de céans et aux parties.

Il en était de même de la volonté du législateur qui avait clairement souhaité l'intervention du préposé pour développer une pratique respectueuse et cohérente de la LIPAD.

13) L'OCLPF a, le 3 juin 2021, soutenu la requête d'appel en cause formulée par la A_____.

Celle-ci soutenait notamment que la décision querellée serait de nature à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers. Or, le préposé disposait de la qualité pour recourir à l'endroit de décisions prises en matière de protection des données personnelles (art. 62 LIPAD). Ainsi, sa participation à la présente procédure se justifiait pour ce motif.

Cette conclusion s'imposait d'autant plus que, selon le constat de l'OCLPF, les locataires d'immeubles anciennement soumis au contrôle étatique requéraient de plus en plus fréquemment, par le biais de l'ASLOCA, les documents versés à ses propres dossiers archivés en vue de procéder à un calcul approximatif du rendement des fonds propres investis par le bailleur dans le cadre de procédures de contestations de loyer devant les juridictions des baux et loyers.

La présente cause s'avérait ainsi être la première affaire de ce type soumise à la chambre administrative, de sorte que l'arrêt attendu constituerait un précédent déterminant.

Dès lors que le préposé était chargé de garantir une mise en œuvre coordonnée des principes régissant la protection des données personnelles et que sa position en l'espèce était diamétralement opposée à celle de la A_____, il devrait avoir l'opportunité de se prononcer sur le recours interjeté in fine contre sa recommandation du 11 mars 2021. Ladite recommandation apparaissait au demeurant en contradiction avec celle du 30 août 2019 rendue dans un cas similaire.

14) Les locataires ont conclu le 7 juin 2021 au rejet de la demande d'appel en cause du préposé.

Ces dernières années, l'OCLPF avait adopté une pratique changeante concernant l'accès aux documents requis par des locataires. Alors que dans le passé il y était systématiquement fait droit, l'OCLPF avait commencé à requérir la détermination des bailleurs à ce propos. Malgré certains refus de ces derniers, il avait admis à plusieurs occasions que les documents sollicités par les locataires, soit en règle générale les arrêtés définitifs du Conseil d'État, les justificatifs des charges courantes, le compte de réserve pour travaux et le dernier état locatif, leur soient transmis.

La décision de l'OCLPF du 26 mars 2021 ne causait pas de préjudice au préposé qui n'avait aucun intérêt digne de protection à ce que cet acte soit annulé ou modifié, encore moins d'intérêt personnel, immédiat et actuel à ce faire. Il serait pour le moins incongru de considérer que la décision de l'OCLPF prise à la suite de la recommandation de la préposée adjointe lèse les intérêts de l'entité ayant rendu la recommandation.

À la connaissance des locataires, il n'y avait pas de pratique du préposé quant aux demandes d'accès formulées par des locataires à des documents détenus par l'OCLPF, puisqu'une seule recommandation antérieure à la présente procédure avait été rendue, laquelle n'avait d'ailleurs pas totalement refusé l'accès aux documents, admettant que l'arrêté du Conseil d'État devait être transmis et considérant pour le reste que les locataires avaient accès aux documents sollicités par le biais de la LGL. Il n'y avait pas davantage de pratiques établies de l'OCLPF de refus de transmission des documents utiles pour vérifier la fixation des loyers. C'était au contraire l'opposé qui prévalait jusqu'à un passé très récent.

Les art. 20 al. 2 let. b, 26 al. 1 et 27 al. 1 LPA, dont se prévalait la A_____ pour conclure à titre subsidiaire à l'audition du préposé par la chambre administrative ou à recueillir ses observations par écrit, n'étaient en l'occurrence

pas pertinents puisqu'ils avaient vocation à être appliqués pour éclaircir une situation de fait, ce qui n'était pas le cas en l'occurrence.

15) La A_____ a brièvement répliqué le 6 juillet 2021, prenant en particulier acte de ce que l'OCLPF soutenait la requête d'appel en cause du préposé.

16) Les parties ont été informées le 7 juillet 2020 que la cause était gardée à juger sur les questions de l'appel en cause et de la suite de la procédure.

EN DROIT

1) a. L'autorité peut ordonner, d'office ou sur requête, l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure. La décision leur devient dans ce cas opposable (art. 71 al. 1). L'appelé en cause peut exercer les droits qui sont conférés aux parties (art. 71 al. 2 LPA).

b. Cette disposition doit être interprétée à la lumière de celles relatives à la qualité pour recourir en procédure contentieuse. L'institution de l'appel en cause ne doit ainsi pas permettre à des tiers d'obtenir des droits plus étendus que ceux donnés aux personnes auxquelles la qualité pour agir est reconnue (ATA/664/2012 du 2 octobre 2012 consid. 3a ; ATA/281/2012 du 8 mai 2012 consid. 7 ; ATA/623/1996 du 29 octobre 1996 consid. 2a), mais a pour but de sauvegarder le droit d'être entendu des personnes n'étant pas initialement parties à la procédure (arrêts du Tribunal fédéral 1C_134/2010 du 28 septembre 2010 consid. 4.2 ; 1C_505/2008 et 1C_507/2008 du 17 février 2009 consid. 4.2).

c. L'institution de l'appel en cause est aussi dictée par un souci d'économie de procédure dans la mesure où il a pour fonction d'éviter le déroulement d'une autre procédure sur les mêmes questions litigieuses. Il permet en outre de prévenir le prononcé de décisions ou de jugements contradictoires. Lorsque le juge appelle en cause une partie, il n'a en principe pas besoin d'entendre les participants à la procédure (Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, n. 903 ss ad art. 71 LPA et les références citées).

2) a. La LIPAD régit l'information relative aux activités des institutions et la protection des données personnelles (art. 1 al. 1 LIPAD). Elle poursuit deux objectifs, à savoir, d'une part, favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique, ainsi que d'autre part, protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant (art. 1 al. 2 let. a et b LIPAD).

Elle comporte deux volets. Le premier concerne l'information du public et l'accès aux documents ; il est réglé dans le titre II (art. 5 ss LIPAD). Le second

porte sur la protection des données personnelles, dont la réglementation est prévue au titre III (art. 35 ss LIPAD).

Le présent contentieux ne touche que le premier de ces deux volets, étant relevé que la recommandation de la préposée adjointe du 11 mars 2021 s'appuie sur les art. 24 ss LIPAD, de même que la décision attaquée.

b. Selon l'art. 30 LIPAD, le préposé cantonal est saisi par une requête écrite de médiation sommairement motivée, à l'initiative d'un requérant dont la demande d'accès à un document n'est pas satisfaite (al. 1 let. a). Le délai pour saisir le préposé cantonal est de dix jours à compter de la confirmation écrite de l'intention de l'institution prévue à l'art. 28 al. 5 et 6 LIPAD. Si une institution tarde à se déterminer sur une demande d'accès à un document, le requérant ou l'opposant à la demande d'accès peuvent saisir le préposé cantonal (al. 2). Si la médiation aboutit, l'affaire est classée (al. 4). À défaut, le préposé cantonal formule, à l'adresse du requérant ainsi que de l'institution ou des institutions concernées, une recommandation écrite sur la communication du document considéré. L'institution concernée rend alors dans les 10 jours une décision sur la communication du document considéré (al. 5).

En l'espèce, la médiation intervenue le 26 janvier 2021 devant le préposé n'a pas abouti à un accord. En conséquence, conformément à la recommandation de la préposée adjointe du 11 mars 2021, l'OCLPF a rendu le 26 mars 2021 la décision litigieuse dans la présente procédure.

c. Selon l’art. 60 al. 1 LIPAD, en matière d’accès aux documents, seule est sujette à recours la décision que l’institution concernée prend à la suite de la recommandation formulée par le préposé en cas d’échec de la médiation, soit en l'espèce la décision de l'OCLPF du 26 mars 2021 ; les déterminations et autres mesures émanant des institutions en cette matière sont réputées ne pas constituer des décisions.

d. En vertu de l’art. 62 LIPAD, le préposé a qualité pour recourir à l’endroit de décisions prises en application du titre III de la loi (Protection des données personnelles).

3) En l'espèce, la recourante et l'autorité ayant rendu la décision litigieuse sont favorables à l'appel en cause du préposé, alors que les locataires intimés s'y opposent.

Nul ne prétend, à juste titre, que le préposé ou la préposée adjointe devraient être partie(s) à la présente procédure. Dans la mesure où ce dernier n'a dans le cas présent pas rendu de décision en application du titre III LIPAD, il n'a pas la qualité pour recourir devant la chambre de céans.

Il est ensuite faux de soutenir, comme le font la A_____ et l'OCLPF, que la situation juridique du préposé est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure. Son rôle dans le cas d'espèce était, après l'échec de la médiation, de rendre une recommandation. Rien ne l'empêcherait à l'avenir de s'éloigner de la solution retenue par la chambre administrative dans la présente cause, dont la décision ne lui sera pas directement opposable. Sous cet angle, il n'existe pas davantage de motifs d'appeler en cause le préposé.

En conséquence, l'appel en cause du préposé sera refusé.

4) a. La procédure administrative est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle le juge établit les faits d'office (art. 19 LPA), sans être limité par les allégués et les offres de preuves des parties. Dans la mesure où l'on peut raisonnablement exiger de l'autorité qu'elle les recueille, elle réunit ainsi les renseignements et procède aux enquêtes nécessaires pour fonder sa décision. Elle apprécie les moyens de preuve des parties et recourt s'il y a lieu à d'autres moyens de preuve (art. 20 LPA). Mais ce principe n'est pas absolu, sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 22 LPA).

L'art. 26 al. 1 prévoit que les membres d'autorités administratives ainsi que les agents publics sont tenus de déposer devant les juridictions administratives lorsqu'ils en sont requis.

L'autorité compétente dont ils dépendent peut toutefois les libérer de cette obligation et refuser de les délier du secret de fonction dans les cas où, à teneur de l'art. 25 al. 4, elle est en droit de refuser son assistance (art. 26 al. 2 LPA).

Selon l'art. 25 al. 4 LPA, lorsque l'entraide sollicitée ne porte pas sur des données personnelles, l'autorité requise est tenue de prêter assistance, sauf : a) lorsque les pièces et informations demandées doivent rester secrètes en vertu de la loi ; b) lorsqu'un intérêt public ou privé prépondérant s'en trouve lésé ou risque sérieusement de l'être.

Selon l'art. 27 LPA, l'autorité peut recueillir des renseignements écrits auprès de particuliers non parties à la procédure, ainsi que demander la production des pièces qu'ils détiennent (al. 1). Elle décide librement si ces renseignements ont valeur de preuve ou s'ils doivent être confirmés par témoignage (al. 2).

b. Dans la mesure où la décision querellée a pour seule motivation la recommandation de la préposée adjointe du 11 mars 2021, recommandation qui selon la recourante serait en contradiction avec une recommandation du préposé du 30 août 2019 dans une affaire similaire, il est utile à la résolution du présent litige de recueillir la détermination du préposé sur cette possible contradiction.

En application de l'art. 27 LPA, il sera demandé au préposé de se déterminer sur des questions que lui soumettra la chambre de céans préalablement recueillies auprès des parties.

Il sera partant fixé un délai à ces dernières pour ce faire, la suite de la procédure étant réservée.

5) Le sort des frais de la procédure est réservé jusqu'à droit jugé au fond.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse d'ordonner l'appel en cause du préposé cantonal à la protection des données et à la transparence ;

impartit un délai aux parties au 16 août 2021 pour soumettre à la chambre administrative les questions qu'elles entendent poser au préposé cantonal à la protection des données et à la transparence ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

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 Me Boris Lachat, avocat de la recourante, à l'office cantonal du logement et de la planification foncière, à Madame B_____ et à Monsieur C_____, représentés par l'ASLOCA, ainsi qu'au préposé cantonal à la protection des données et à la transparence, pour information.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, Mmes Droin et Pedrazzini Rizzi, M. Verniory, Mme Lauber, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	la présidente siégeant :
F. Scheffre	F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :