RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2200/2021-LIPAD **ATA/1267/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 23 novembre 2021

dans la cause

Madame A_____
représentée par Me Romain Jordan, avocat

contre

Madame B_____
représentée par Me Jérôme Bénédict, avocat

EN FAIT

1) Madame A_____ a occupé le poste de cheffe de cabinet de Monsieur C_____ lorsqu'il était, en sa qualité de conseiller d'État, en charge du département (ci-après : département ou D_____).

2) À teneur du point de presse du Conseil d'État du 28 octobre 2020, alerté par une augmentation constante et significative du taux d'absence au sein de E_____ (ci-après : E_____) – plus de 13 % entre mai 2019 et avril 2020 –, l'office du personnel de l'État (ci-après : OPE) avait mandaté une expertise externe. Cette expertise avait visé à établir un diagnostic relatif à la situation en termes de ressources humaines au sein de cette direction générale rattachée au D_____. Après avoir d'ores et déjà entendu une grande majorité des collaboratrices et collaborateurs de la E_____, l'experte indépendante mandatée avait relevé des problèmes à la fois organisationnels, managériaux et relationnels mettant en cause M. C_____. Le rapport intermédiaire appelait le Conseil d'État à prendre de toute urgence des mesures afin de respecter les directives relatives à la santé et à la sécurité au travail. Le rapport soulignait encore que la protection de la santé physique et psychique des collaborateurs de la E_____, ainsi que de certaines personnes du secrétariat général du D_____, n'était pas assurée. Il recommandait à l'État de prendre toutes les mesures utiles afin de protéger durablement toutes les personnes concernées, en les éloignant ou en les déplaçant. Le Conseil d'État était conscient de ses responsabilités d'employeur et notamment de la nécessité de protéger la personnalité de ses collaborateurs. Sur la base des premières conclusions de cette expertise externe, le Conseil d'État avait ainsi décidé de transférer provisoirement la responsabilité du D_____ à Madame F_____, conseillère d'État chargée du G_____ (ci-après : G_____), le temps que le rapport définitif soit rendu à l'issue des dernières auditions.

3) Le 28 octobre 2020 également, par l'intermédiaire d'un avocat, Mme A_____ a interpellé la présidente du Conseil d'État.

Elle venait de prendre connaissance du rapport de diagnostic qui avait été établie par le cabinet B_____ (ci-après : cabinet d'expertise). Ce document, rédigé dans l'ostracisme le plus complet et en dehors de tout cadre légal et méthodologique – les propos étant tenus sur une base anonyme et sans référence – portait gravement atteinte à sa personnalité et à son honneur. Alors qu'elle y était traitée de « sorcière », elle n'avait même pas été entendue par le cabinet d'expertise.

Elle venait en conséquence la mettre formellement en demeure de surseoir à toute communication sur la base de ce rapport, sous peine de violation de la loi, en particulier à la conférence de presse prévue ce jour-là à 13h30 si celle-ci devait

être consacrée à ce sujet. Elle souhaitait enfin recevoir un tirage complet du dossier constitué dans le cadre de l'établissement de ce rapport (mandat, contrat, procès-verbaux et notes du cabinet).

4) a. Le 29 octobre 2020, Mme A_____ a interpellé Madame B_____, du cabinet d'expertise. À la suite des interventions du gouvernement genevois relayées par la presse, elle venait « de prendre connaissance de l'existence » du rapport de diagnostic qu'elle aurait établi le 20 octobre 2020. Elle l'invitait à lui transmettre un tirage complet du dossier constitué dans le cadre de l'établissement de ce rapport (mandat, contrat, procès-verbaux et notes) ainsi que dudit rapport. Elle sollicitait également la production de la garantie d'indépendance signée par ses soins.

b. Le même jour, Mme B_____ a répondu à Mme A_____ qu'elle avait transmis sa demande à son mandant pour qu'il y donne suite.

c. Dans la foulée, Mme A_____ a précisé à Mme B_____ qu'elle était la seule destinataire de sa requête et que, en sa qualité d'agent public délégataire et de possesseur des documents requis, il lui appartenait de la traiter.

5) Mme A_____ a relancé Mme B_____ le 2 novembre 2020, un ultime délai lui étant fixé au lendemain à 12h00 pour procéder. Ce même 2 novembre 2020, un avocat vaudois a informé Mme A_____ qu'il était le conseil habituel de Mme B_____. Il allait prendre connaissance du dossier et lui revenir en principe dans la semaine.

6) Le 4 novembre 2019 (recte : 2020), Mme A_____ a saisi le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après : préposé) d'une requête urgente en médiation fondée sur le droit d'accès aux documents et sur les données la concernant directement.

a. Elle avait été informée de l'existence du rapport de diagnostic du 20 octobre 2020, fruit d'une enquête « sauvage », établi sans méthodologie ni cadre légal, compilant des propos anonymes et sans respect des droits procéduraux des personnes concernées voire mises en cause. Pour sa part, elle n'avait pas été informée de ce processus et n'avait pas été entendue. Aucune réponse n'avait été donnée à son courrier du 28 octobre 2020, le Conseil d'État ayant tenu sa conférence de presse au cours de laquelle il avait plusieurs fois été question d'elle. Elle avait également interpellé l'agent public délégataire qui avait mené l'enquête, mais n'avait reçu que des réponses dilatoires de son avocat.

Le contenu du rapport avait « fuité » dans la presse qui en avait largement repris différents extraits en mettant notamment en exergue les prétendus jeux de pouvoir entre elle et M. C_____. Elle n'avait donc pas d'autre choix que de solliciter l'intervention du préposé pour faire respecter ses droits élémentaires. Le

processus en cours, consistant à entendre informellement et sous garantie d'anonymat, visait à contourner les règles en place au sein de l'État de Genève, cette compétence étant réservée au groupe de confiance qu'elle allait saisir. Dès lors qu'elle n'avait pas été informée du processus mis en œuvre, qui ne reposait sur aucune base légale, que la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) n'avait pas été respectée et que le traitement des données n'était pas reconnaissable, les règles pertinentes de 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) avaient été violées.

b. Elle priait enfin le préposé d'ordonner que le rapport litigieux ainsi que tout le dossier constitué en amont (mandat, engagement de confidentialité, conditions de rémunération, respect des exigences d'indépendance, conditions d'un audit externe et indépendant, etc.), comme en aval (procès-verbaux, convocations, échanges, notes, pièces remises, etc.), lui soient remis afin de lui permettre notamment d'exercer son droit en rectification des fausses données.

7) Le 2 décembre 2020, le Conseil d'État a transmis à Mme A_____ les trois contrats de mandat conclus entre l'État de Genève et Mme B_____. Cette dernière n'avait pas établi de procès-verbaux dans le cadre des auditions qu'elle avait menées. Ses notes personnelles étaient exclues du droit d'accès, les demandes de mesures provisionnelles urgentes n'avaient plus d'intérêt actuel.

Trois mandats établis entre l'État de Genève et Mme B_____, en sa qualité de consultante en organisation, étaient joints à cet envoi. Le premier, établi le 2 octobre 2020 et signé par la seule Mme B_____, indiquait qu'à la suite de l'augmentation constante et significative du taux d'absence des collaborateurs au sein de la E_____ un diagnostic de cette structure devait être établi afin de comprendre la situation. Des entretiens étaient prévus entre le 6 et le 8 octobre 2020 avec M. C_____, le secrétaire général du D_____, le directeur général de la E_____ et les collaborateurs de cette dernière. La remise du rapport de diagnostic était prévue pour le 15 octobre 2020. Le deuxième mandat, établi le 19 octobre 2020 et signé pour accord par l'État de Genève le 21 octobre 2020, reprenait les mêmes objectifs. Des entretiens étaient prévus entre le 7 octobre et le 3 novembre 2020, des collaborateurs étant en quarantaine et un autre ayant été transféré. Le rapport de diagnostic devait être remis le 20 octobre 2020. Le troisième, établi le 29 octobre 2020 et signé pour accord par l'État de Genève le 2 novembre 2020, ajoutait un nouvel objectif, à savoir qu'après avoir pris connaissance du rapport intermédiaire du 20 octobre 2020, le Conseil d'État souhaitait étendre le mandat au secrétariat général du D_____. De nouveaux entretiens étaient prévus les 3 et 4 novembre, le rapport final devant être remis à mi-novembre 2020.

8) Le 21 décembre 2020, la conseillère d'État en charge du G_____ a informé Mme A_____ que, à la suite de sa demande, elle pourrait consulter le rapport

établi par Mme B_____, en présence de son avocat, le 22 décembre 2020 au secrétariat général du DF.

9) Ce même 21 décembre 2020, le Conseil d'État, sous la plume de la conseillère d'État en charge du G_____, a répondu au préposé, qui l'avait interpellé par courriel du 14 décembre 2020, que la séance de médiation dont la date avait été fixée au 11 janvier 2021 n'avait pas lieu d'être. À tout le moins était-elle prématurée.

En effet, le Conseil d'État avait répondu et donné suite, le 2 décembre 2020, à la demande d'accès formulée par Mme A_____ le 28 octobre 2020. Celle-ci avait étendu sa demande d'accès (dans un courriel du 3 décembre 2020 qui n'a pas été versé à la procédure) à « tous les échanges intervenus en marge des contrats et projets de contrats signés par le Conseil d'État ». Ce dernier n'avait pas pu se prononcer sur cette demande et il était prématuré de convoquer une médiation sur ce point. Il était par ailleurs prévu que Mme A_____ puisse consulter le rapport le lendemain. Dans l'hypothèse où la médiation aurait pour seul objet les notes personnelles de Mme B_____, le Conseil d'État s'y opposerait. Une médiation ne pouvait en effet pas porter sur des objets qui n'étaient pas des documents au sens de la LIPAD.

Mme A_____ s'évertuait à formuler des demandes d'accès identiques tant auprès du Conseil d'État qu'auprès de Mme B_____. Il n'y avait toutefois pas lieu de poursuivre deux procédures distinctes, Mme B_____ en sa qualité de sous-traitante ne traitant des données personnelles que pour le compte de son mandant. Ce dernier demeurait responsable desdites données au même titre que s'il les traitait lui-même. La demande d'accès ne pouvait être dirigée contre un sous-traitant seul.

10) Le 7 avril 2021, la conseillère d'État en charge du G_____ a refusé de délier Mme B_____ de son secret de fonction. Il n'y avait pas d'intérêt public ou privé à le faire.

11) Le 22 avril 2021, le préposé a constaté que, n'ayant pas eu accès aux documents sollicités, il n'était pas en mesure de rendre une recommandation. Dans un délai de dix jours, Mme B_____ devait rendre une décision sur la communication des documents considérés.

a. La médiation proposée n'avait pas abouti, de sorte qu'il rendait sa recommandation. La LIPAD s'appliquait notamment aux personnes physiques ou morales et organismes chargés de remplir des tâches de droit public cantonal ou communal, dans les limites de l'accomplissement desdites tâches. Le législateur avait estimé qu'il n'était pas opportun de définir dans la loi ce qu'était une telle tâche, cette notion étant extrêmement vaste. Dans un arrêt du 28 juillet 2015, la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre

administrative) avait retenu que la gestion du personnel constituait une tâche étatique importante. Le diagnostic que Mme B_____ avait été chargée d'effectuer au sein du D_____ relevait de la gestion du personnel. Dès lors que, dans un arrêt de 2010, le Tribunal administratif (dont les compétences ont été reprises par la chambre administrative) avait jugé que la LIPAD était applicable à une personne de droit privé qui s'était vu confier la tâche d'analyser le fonctionnement de la police judiciaire, il fallait retenir que la tâche confiée à Mme B_____ était une tâche de droit public cantonal. Le volet « transparence » de la LIPAD s'appliquait à elle. Cette dernière étant soumise à la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD - RS 235.1), la LIPAD ne s'appliquait toutefois pas au traitement des données personnelles effectué par Mme B_____.

b. Mme B_____ s'opposait à la transmission au préposé de ce qu'elle appelait ses notes personnelles, son secret de fonction n'ayant pas été levé. Le préposé n'avait en conséquence pas pu y avoir accès. Cela étant, dès lors que Mme B_____ devait être considérée comme soumise à la LIPAD, elle ne pouvait opposer un secret de fonction au préposé. Cela faisait partie de la mission même de ce dernier de rendre une recommandation portant sur le caractère public ou non d'un document. Si la possibilité pour le préposé de consulter les documents dépendait d'une éventuelle levée du secret de fonction, cela reviendrait à considérer que, chaque fois que ce secret n'avait pas été levé, il ne serait pas en mesure d'exercer sa mission. Le préposé considérait donc qu'il aurait dû pouvoir consulter les documents sollicités afin d'en recommander l'accès ou non. N'ayant pas pu le faire, il n'était pas en mesure de rendre une recommandation.

12) Dans un complément du 20 mai 2021, le préposé a recommandé de ne pas transmettre à Mme A_____, soit pour elle son avocat, les notes manuscrites de Mme B_____. Dans un délai de dix jours, cette dernière devait rendre une décision relative à la communication des documents considérés.

a. En effet, pour permettre au préposé de se prononcer en toute connaissance de cause, Mme B_____ avait proposé au G_____ de lui soumettre lui-même ses notes personnelles. La préposée adjointe avait ainsi pu prendre connaissance de ces documents le 19 mai 2021.

b. Il renvoyait à sa recommandation du 22 avril 2021 s'agissant notamment de la tâche confiée à Mme B_____ qu'il convenait de qualifier de tâche de droit public cantonal. Pour le reste, après avoir pris connaissance des documents que celle-ci qualifiait de notes personnelles, il convenait de retenir qu'ils répondaient à cette qualification et que, s'agissant de notes manuscrites prises en vue de la rédaction d'un autre document, elles n'avaient pas vocation à être transmises à qui que ce soit.

13) Le 25 mai 2021, Mme B_____ a répondu au courrier du 29 octobre 2020 de Mme A_____. Cette dernière avait reçu du Conseil d'État une copie du mandat et du contrat dont elle avait sollicité la production. Pour le reste, il n'existait pas de procès-verbal et es notes personnelles n'étaient pas soumises à la LIPAD et dès lors pas accessibles au sens de cette loi, comme le préposé venait de le rappeler.

Son secret de fonction n'ayant pas été levé, toute communication de ses notes était exclue. Ses notes avaient au surplus été prises après que le département concerné avait garanti expressément aux personnes entendues le maintien de l'anonymat, de telle sorte que la communication de notes comportant leur nom violerait les intérêts protégés par la LIPAD. Elle n'était pas détentrice de la puissance publique ni en droit d'engager la procédure de consultation prévue par la LIPAD. Faute de pouvoir valablement consulter les personnes intéressées, elle ne pourrait pas accomplir le moindre acte de nature à compromettre leurs intérêts au sens de cette législation.

Elle ne pouvait que refuser la demande de consultation de ses notes personnelles, ce refus ne pouvant pas être considéré comme une décision au sens de la LIPAD, dès lors qu'elle n'était pas une institution, qu'elle n'était pas détentrice de la puissance publique et que son mandat avait pris fin à la fin de l'année 2020.

14) Par acte du 28 juin 2021, Mme A_____ a recouru contre ce courrier qu'elle a qualifié de décision auprès de la chambre administrative. Elle a conclu à son annulation et à ce que Mme B_____ soit condamnée, sous la menace de l'art. 292 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), à remettre l'intégralité du dossier constitué dans le cadre de sa mission d'établissement d'un diagnostic RH sur le fonctionnement du département. Ce dossier devait préliminairement être remis au juge délégué, une audience de comparution personnelle des parties étant en outre sollicitée.

Dans le cadre de son mandat, Mme B_____ avait procédé à l'audition de nombreux collaborateurs du département, reçu de nombreux documents et autres informations. En octobre et novembre 2020, elle avait rendu deux rapports dont le contenu avait porté atteinte à son honneur et à sa personnalité. Des informations finalement transmises par le Conseil d'État, il ressortait que Mme B_____ l'avait plusieurs fois mise en cause dans le rapport du 20 octobre 2020, mentionnant notamment des jeux de pouvoir du magistrat et de sa cheffe de cabinet, que tous, sauf les membres de la « garde rapprochée », détestaient la cheffe de cabinet, que la cheffe de cabinet divisait ou qu'elle avait fait le vide autour du magistrat, qu'elle faisait peur et que ceux qui la contrariaient étaient « morts ». Le rapport faisait état du duo effrayant que le magistrat formait avec sa cheffe de cabinet, qualifiée de sorcière.

Ces citations précises provenaient de toute évidence de procès-verbaux. Elles étaient mensongères et portaient atteinte à sa réputation. Interpellée rapidement afin de se conformer à ses devoirs découlant de la LIPAD, Mme B_____ avait multiplié les actions dilatoires, refusant entre autres de produire les pièces demandées, ce que le préposé avait regretté. Le Conseil d'État avait mis en place un processus inutile et compliqué pour que les prétendues « notes manuscrites », dont l'exhaustivité n'était pas garantie, soient reçues par le préposé.

Jusqu'alors, Mme B_____ n'avait remis aucune pièce de son dossier à celui-ci. Elle n'avait ni collaboré ni respecté la LIPAD, faisant valoir qu'elle ne serait qu'un tiers privé. Cet argument, comme celui relatif à son secret de fonction, ne tenait pas au regard de la jurisprudence rendue par la chambre administrative dans des arrêts de 2010 mentionnés par le préposé. Il en découlait que Mme B_____, agente de l'État ayant accompli une tâche de droit public cantonal, devait se soumettre aux règles de la LIPAD. En refusant de le faire, elle violait cette loi.

La décision attaquée ne se prononçait pas sur l'intégralité du dossier ni sur la déclaration d'indépendance et d'impartialité demandée. Le déficit de motivation entachant la décision était de ce fait irréparable.

Cette position était encore renforcée par le fait que, lors d'une séance tenue le 21 décembre 2020, Mme B_____ avait mis sous pression les collaborateurs qu'elle avait entendus. Elle leur avait indiqué qu'ils se retrouveraient devant un tribunal vaudois s'ils ne confirmaient pas ce qu'ils avaient dit, précisant qu'elle disposait encore des comptes rendus de leurs auditions au besoin. De tels faits ne pouvaient demeurer indécis ou non établis.

15) Le 16 août 2021, Mme B_____ a conclu, sous suite de frais et dépens, principalement à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

La LPA et la LIPAD distinguaient les personnes des institutions ou encore des organismes, entités qui devaient bénéficier d'un pouvoir de décision qui leur était accordé par le droit fédéral ou cantonal. Or, il n'existait aucun texte légal qui l'investissait d'un pouvoir de décision. Ne pouvant être une institution à elle toute seule, elle était une personne qui avait reçu un mandat de droit privé de quelques semaines. Une institution, qui impliquait nécessairement une structure pérenne, ne correspondait pas à une personne physique, travaillant seule, chargée ponctuellement d'une tâche de quelques jours.

N'étant pas une institution, mais une personne, elle n'était pas à même de rendre des décisions. Seul le département concerné du Conseil d'État pouvait être considéré comme une institution. Elle pourrait tout au plus être amenée, comme tiers, à produire des éléments en sa possession, dans le cadre d'une procédure de

recours dirigée contre une décision rendue par l'institution elle-même. Le recours contre sa communication du 25 mai 2021 était irrecevable puisque cette dernière n'émanait pas d'une institution. Il ne s'agissait pas d'une décision attaquable. Si elle avait voulu faire valoir ses droits, Mme A_____ aurait dû agir contre l'institution elle-même, soit le département concerné du Conseil d'État. Même s'il devait être admis qu'elle était soumise à la LIPAD et qu'il lui appartiendrait de transmettre à l'institution ou à l'autorité de recours les éléments en sa possession, cela ne lui donnerait pas encore le pouvoir de rendre des décisions.

Mme A_____ avait sollicité de l'État de Genève les mêmes pièces qu'elle lui avait demandées. Elle les avait toutes obtenues, sous réserve de ses notes personnelles dont le Conseil d'État avait relevé à juste titre, le 2 décembre 2020, qu'elles n'étaient pas soumises à la LIPAD. Si Mme A_____ n'entendait pas se satisfaire du refus du Conseil d'État de lui donner accès à ses notes personnelles, il lui appartenait de recourir contre la décision correspondante.

Lesdites notes avaient été transmises au Conseil d'État, puis au préposé le 19 mai 2021, avant que ce dernier recommande, le lendemain, de ne pas les transmettre à Mme A_____. Ses notes étaient transmises à la chambre administrative, sous pli fermé et hors bordereau, pour lui permettre de constater à son tour qu'elles n'étaient pas soumises à la LIPAD. Elle s'opposait toutefois à leur transmission à la partie adverse.

Mme A_____ avait sollicité auprès d'elle, le 29 octobre 2020, l'accès à un certain nombre de documents. La veille, elle avait entrepris la même démarche auprès du Conseil d'État. Le 2 novembre 2020, son conseil lui avait répondu qu'il reviendrait vers elle dans la semaine. Sans attendre les réponses de l'un et de l'autre, elle avait saisi le préposé d'une demande de médiation de manière anticipée et contraire à la LIPAD.

Le département, alors dirigé par M. C_____ et Mme A_____, avait fourni son appui à la garantie donnée au personnel du D_____ que leur anonymat serait assuré dans le cadre du mandat qu'il lui avait confié. Mme A_____ s'acharnait maintenant à tenter d'identifier les collaborateurs dont les propos lui avaient déplu. En violation des garanties de confidentialité données, et du principe de la bonne foi, elle essayait en effet de se procurer ses notes personnelles. Or, les propos des collaborateurs étaient connus de Mme A_____ puisqu'ils avaient été résumés dans le rapport litigieux dont celle-ci possédait une copie. Il existait un intérêt évident des collaborateurs du D_____ à leur garantir un total anonymat en refusant que ses notes personnelles soient transmises à Mme A_____.

16) Le lendemain, la juge déléguée a ouvert l'enveloppe fermée et pris connaissance de son contenu. Il a constaté qu'il s'agissait de notes personnelles, comme l'avait retenu le préposé dans son complément du 20 mai 2021.

17) Le 15 octobre 2021, Mme A_____ a observé que Mme B_____ se trompait en plaidant l'irrecevabilité de son recours au motif qu'elle ne serait pas une institution, la jurisprudence et la LIPAD retenant le contraire. Elle se trompait également lorsqu'elle soutenait qu'elle n'était pas investie d'un pouvoir de décision par le droit fédéral ou cantonal.

Si une pièce avait apparemment été produite, la chambre administrative n'avait toujours pas accédé aux pièces du dossier. Faute de toute garantie d'exhaustivité, il fallait réparer cette omission et ordonner leur remise intégrale, fût-ce sous la menace d'une sanction pénale. Les notes personnelles constituaient des procès-verbaux dont Mme B_____ avait fait état lors de la séance du 21 décembre 2020 comme de véritables moyens de preuve permettant cas échéant de restituer les propos tenus par les témoins entendus.

L'intérêt des personnes ayant tenu des propos d'une certaine gravité à ce qu'ils ne soient pas divulgués était inexistant dès lors qu'elles n'étaient plus en relation directe ou indirecte avec elle. Elle avait en effet quitté ses fonctions au sein de l'État de Genève.

18) Le 19 octobre 2021, la chambre administrative a informé les parties que la cause était gardée à juger. Le 28 octobre 2021, elle a retourné au conseil de Mme B_____ ses observations spontanées non autorisées du 26 octobre 2021.

EN DROIT

1) a. La chambre administrative est l'autorité supérieure de recours en matière administrative (art. 132 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05).

b. Selon l'art. 132 al. 2 LOJ, le recours à la chambre administrative est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6 al. 1 let. a et e et 57 LPA.

2) La LPA contient les règles générales de procédure s'appliquant à la prise de décision par l'autorité. Sont réputées autorités au sens de la LPA les autorités administratives ainsi que les juridictions administratives (art. 1 al. 1 et 2).

Selon l'art. 4 LPA, sont considérées comme des décisions au sens de l'art. 1, les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal, communal et ayant pour objet : de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a) ; de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b) ; de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c).

À teneur de l'art. 5 LPA, sont réputées autorités administratives au sens de l'art. 1 : le Conseil d'État (let. a), la chancellerie d'État (let. b), les départements (let. c), les services de de l'administration cantonale (let. d) ; les institutions, corporations et établissements de droit public (let. e) ; les autorités communales, les services et les institutions qui en dépendent (let. f) ; les personnes, institutions et organismes investis du pouvoir de décision par le droit fédéral ou cantonal (let. g).

L'art. 57 LPA dispose que sont susceptibles d'un recours les décisions finales (let. a) ; les décisions par lesquelles l'autorité admet ou décline sa compétence (let. b) ; les décisions incidentes, si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (let. c) ; les lois constitutionnelles, les lois et les règlements du Conseil d'État (let. d).

3) La LIPAD régit l'information relative aux activités des institutions et la protection des données personnelles (art. 1 al. 1 LIPAD). Elle a pour buts de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique et de 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).

La LIPAD s'applique notamment aux pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux, ainsi que leurs administrations et les commissions qui en dépendent (art. 3 al. 1 let. a). Elle s'applique également aux personnes physiques ou morales et organismes chargés de remplir des tâches de droit public cantonal ou communal, dans les limites de l'accomplissement desdites tâches (art. 3 al. 2 let. b LIPAD).

4) a. Dans le cas d'espèce, la recourante a saisi la chambre de céans à la suite du refus formulé par l'intimée, dans son courrier du 25 mai 2021, de permettre la consultation de ses notes personnelles. Elle soutient que l'intimée est soumise à la LIPAD et se réfère à deux arrêts rendus, pour l'un par le Tribunal administratif, le 8 juin 2010 et, pour l'autre, par la chambre de céans le 21 août 2012.

Ces deux arrêts mettent en œuvre l'art. 3 al. 2 let. b LIPAD (dans l'ancienne version de celle-ci s'agissant de l'arrêt de 2010). Dans l'ATA/383/2010, cité également par le préposé, le Tribunal administratif avait examiné si les notes personnelles prises par un avocat, qui avait été chargé par le chef du département des institutions, devenu depuis lors le département de la sécurité, de la population et de la santé, d'analyser le fonctionnement de la police judiciaire, étaient visées par le droit d'accès institué par la LIPAD. Le Tribunal administratif a retenu que tel était le cas, cet avocat ayant agi comme un agent de l'État et non en sa qualité d'homme de loi. Dans l'ATA/528/2012, la chambre de céans a examiné si un

avocat, consulté par le chef du département de l'instruction publique (ci-après : DIP) pour examiner la requête déposée par le père d'un élève qui sollicitait une copie de l'ensemble des documents en possession du DIP relatifs aux événements qui avaient entouré l'exclusion de son fils de l'école, était soumis à la LIPAD. Elle avait conclu que tel était le cas, la tâche confiée à cet avocat, bien que fondée sur un contrat de droit privé, étant matériellement une tâche relevant du droit public.

b. Dans le présent litige, l'activité déployée par l'intimée est semblable à celle déployée par l'avocat dans l'ATA/383/2010 précité. Elle a exécuté une tâche qui aurait pu être effectuée par des responsables des ressources humaines d'un département de l'État de Genève, voire par l'OPE, mais que le Conseil d'État a décidé par opportunité de confier à l'intimée (ATA/528/2012 précité consid. 8c). Dans l'accomplissement de son mandat, cette dernière était obligée d'agir dans le respect des principes gouvernant le droit public, en particulier des principes généraux du droit de la fonction publique (art. 2A de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 - LPAC - B 5 05), de la protection de la personnalité (art. 2B LPAC), de l'égalité entre femmes et hommes (art. 2C LPAC) de même que des droits fondamentaux. Ces règles doivent en effet pouvoir être garanties et leur application contrôlée par les moyens de droit public destinés à assurer leur mise en œuvre. S'il suffisait à l'autorité de confier à des mandataires externes à l'administration des missions de droit public pour qualifier de rapports de droit privé les relations qu'elles entretiennent avec eux et se soustraire à ces garanties, ces principes seraient détournés de leur but (ATA/383/2010 précité consid. 5).

5) Mais, même à admettre en l'espèce que l'intimée est bien une personne physique chargée de remplir une tâche de droit public au sens de l'art. 3 al. 2 let. b LIPAD, question qui restera indécise, cela ne fait pas encore d'elle une autorité administrative, en particulier une personne investie du pouvoir de décision (art. 5 LPA let. g). Tant dans l'ATA/383/2010 que dans l'ATA/528/2012 précités, les recours étaient dirigés contre des refus d'accès à des documents prononcés, dans la première affaire par le chef du département concerné et, dans la seconde, par le DIP. Il s'agissait clairement d'autorités administratives au sens de l'art. 5 LPA. La chambre de céans est ici saisie d'un recours déposé contre un courrier par lequel la mandante, et non l'autorité mandataire, refuse de permettre la consultation de ses notes personnelles. À teneur des mandats qu'elle a reçus du Conseil d'État, l'intimée a uniquement été chargée d'établir un diagnostic de la E_____ puis du secrétariat général du D_____. Elle n'y a pas été investie d'un quelconque pouvoir de décision.

Dans ses recommandations, le préposé a notamment recommandé à l'intimée de rendre une décision relative à la communication des documents en

cause. Il s'est fondé sur l'art. 30 al. 5 LIPAD, disposition qui prévoit que, dans l'hypothèse où la médiation n'aboutit pas, 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 dix jours une décision sur la communication du document considéré. Le préposé a dès lors assimilé l'intimée, personne physique, à une institution, ce qui ne va pas de soi. Il apparaît en effet que dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2009, la LIPAD prévoyait à son art. 2 al. 1 qu'elle s'appliquait aux institutions énumérées sous les lettres a à f. Sous cette lettre f, figuraient les personnes physiques. Elles pouvaient, en conséquence, être qualifiées d'institution. Dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 2010, l'art. 3 contient un premier alinéa qui mentionne que la LIPAD s'applique aux institutions publiques énumérées sous les let. a à d. Les personnes physiques n'y figurent plus. Elles sont mentionnées sous la let. b de l'al. 2, lequel indique que la LIPAD s'applique également à elles.

La question de savoir si l'intimée est ou non une institution au sens de la LIPAD restera pourtant également indécise. Même s'il devait être répondu par l'affirmative à cette question, l'accès aux documents sollicité devrait, quoi qu'il en soit, être refusé en raison de ce qui suit.

6) a. Toute personne a le droit de prendre connaissance des informations et d'accéder aux documents officiels, à moins qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose (art. 28 al. 2 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 - Cst-GE - A 2 00). Il a déjà été jugé que cette disposition n'avait pas une portée plus large que la LIPAD (arrêt du Tribunal fédéral 1C_379/2014 du 29 janvier 2015 consid. 5.4).

b. Il a déjà été question plus haut des buts et du champ d'application de la LIPAD (consid. 3).

c. La LIPAD n'est pas inconditionnelle et, dans la mesure où elle est applicable, ne confère pas un droit d'accès absolu. Elle contient ainsi des exceptions, aux fins notamment de garantir la sphère privée des administrés et de permettre le bon fonctionnement des institutions (ATA/560/2015 du 2 juin 2015 ; ATA/341/2015 précité ; ATA/211/2009 du 28 avril 2009 ; ATA/307/2008 précité ; MGC 2000/VIII 7694).

d. Toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi (art. 24 al. 1 LIPAD). L'accès comprend la consultation sur place des documents ou l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 2 LIPAD). Par ailleurs, pour autant que cela ne requière pas un travail disproportionné, un accès partiel doit être préféré à un simple refus d'accès à un document, dans la mesure où seules certaines données ou parties du document considéré doivent être soustraites à communication

(art. 27 al. 1 LIPAD), en application du principe de proportionnalité (MGC 2000 45/VIII 7641 p. 7699 s.).

e. À teneur de l'art. 25 LIPAD, au sens de celle-ci, les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique (al. 1). Sont notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (al. 2). Pour les informations n'existant que sous forme électronique, seule l'impression qui peut en être obtenue sur un support papier par un traitement informatique simple est un document (al. 3). Les notes à usage personnel, les brouillons ou autres textes inachevés ainsi que les procès-verbaux non encore approuvés ne constituent pas des documents au sens de la LIPAD (al. 4).

L'art. 25 al. 4 LIPAD exclut ainsi de la notion de document les notes à usage personnel (à savoir les notes prises à l'usage exclusif de celui qui les prend, et non les notes adressées même confidentiellement à une personne déterminée) ainsi que les brouillons ou autres textes inachevés. Quand bien même elles concerneraient l'accomplissement de tâches publiques, des notes à usage personnel de collaborateurs de la fonction publique relèvent en quelque sorte de la sphère privée de ces derniers. Il importe par ailleurs que les rédacteurs de documents puissent faire évoluer leurs textes et travailler dans des conditions de sérénité avant qu'il ne soit possible d'accéder au produit de leur travail (MGC 2000 45/VIII 7694).

Selon l'art. 6 let. a du règlement d'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 21 décembre 2011 (RIPAD - A 2 08.01), constituent notamment des notes à usage personnel au sens de l'art. 25 al. 4 LIPAD, qu'elles soient manuscrites ou non et quels qu'en soient la forme ou le support : les notes prises en vue de la rédaction future d'un document.

f. En l'espèce, les documents portés à la connaissance de la juge déléguée et des magistrats siégeant sont des notes personnelles, constat auquel était parvenu avant eux le préposé. Il avait également pu en prendre connaissance, l'intimée lui ayant permis de le faire afin qu'il puisse se prononcer en toute connaissance de cause. Ces notes personnelles ne constituent donc pas des documents et elles n'ont pas à être portées à la connaissance de la recourante. Ces notes personnelles étaient destinées à permettre la rédaction du rapport final que la recourante a eu la possibilité de consulter.

En tant qu'il est recevable, le recours sera en conséquence rejeté.

7) Il ne sera pour le reste pas répondu favorablement à la requête de comparution personnelle des parties. Celles-ci ont pu défendre leurs points de vue

par écrit à plusieurs reprises au cours de la procédure, en particulier sur les questions juridiques examinées dans le présent arrêt, et leur audition par la chambre de céans n'est dès lors pas susceptible d'influer l'issue du litige. Il ne sera en outre pas exigé de l'intimée qu'elle produise les éventuelles autres pièces d'un dossier dont la recourante semble craindre l'existence. La présente cause concerne les notes personnelles de l'intimée. Celle-ci les a portées à la connaissance de la juge déléguée et, avant elle, du préposé qui a rendu sa recommandation du 20 mai 2021 sur cette seule base. Rien au surplus ne permet de penser que l'intimée conserverait d'autres documents ou pièces en lien avec le rapport d'expertise qu'elle a rédigé.

8) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 500.- sera allouée à l'intimée, qui y a conclu et a eu recours aux services d'un avocat (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, en tant qu'il est recevable, le recours interjeté le 28 juin 2021 par Madame A_____ contre le refus formulé par Madame B_____ de consulter ses notes personnelles du 25 mai 2021 ;

met un émolument de CHF 500.- à la charge de Madame A_____ ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 500.- à Madame B_____, à la charge de Madame 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 Me Romain Jordan, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me Jérôme Bénédict, avocat de Madame B_____.

Siégeant : M. Mascotto, président, M. Verniory, Mmes Payot Zen-Ruffinen, Lauber, et Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
S. Hüsler Enz	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :