RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3220/2021-LIPAD **ATA/1145/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 15 novembre 2022

dans la cause

A_____
représentée par Mes Yannick Fernandez et Paul Hanna, avocats

contre

COMMUNE DE CHÊNE-BOUGERIES
représentée par Me Patrick Malek-Asghar, avocat

et

PRÉPOSÉ CANTONAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, appelé en cause

EN FAIT

1) A_____ (ci-après : l'association) a été créée en 2020. Son but statutaire est : « la promotion et la défense des intérêts, de la qualité de vie et la protection environnementale du secteur B_____, défini par le plan directeur communal [ci-après : PDCom] "2035" de Chêne-Bougeries intitulé "Synthèse" et daté du 28 septembre 2020 ».

2) Le 30 avril 2021, l'association a demandé à la commune de Chêne-Bougeries (ci-après : la commune), sur la base de l'art. 28 al. 1 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), l'accès à divers documents, soit :

- procès-verbaux des séances de la commission territoire, urbanisme et mobilité évoquant la stratégie de mise en œuvre des secteurs C_____ (chapitre 4.3) ;
- procès-verbaux des séances de la commission territoire, urbanisme et mobilité évoquant la stratégie de mise en œuvre du secteur B_____ (chapitre 4.4) ;
- procès-verbaux des séances de la commission territoire, urbanisme et mobilité dans le cadre du traitement des observations formulées lors de la consultation publique selon l'art. 10 al. 6 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987 (LaLAT - L 1 30) ;
- ordres du jour relatifs à ces séances ;
- composition de la commission territoire, urbanisme et mobilité lors de ces séances ;
- échanges entre la commission territoire, urbanisme et mobilité et/ou l'exécutif communal et D_____ en relation avec la stratégie de mise en œuvre des secteurs C_____ (chapitre 4.3) ;
- échanges entre la commission territoire, urbanisme et mobilité et/ou l'exécutif communal et D_____ en relation avec la stratégie de mise en œuvre du secteur B_____ (chapitre 4.4) ;
- rapports et études de D_____ en relation avec la stratégie de mise en œuvre des secteurs C_____ (chapitre 4.3) ;

- rapports et études de D_____ en relation avec la stratégie de mise en œuvre du secteur B_____ (chapitre 4.4).

D_____ est une société anonyme sise à Lausanne, qui possède une succursale à Genève et a été mandatée par la commune pour la réalisation du projet de PDCom.

3) Le 5 mai 2021, la commune, par l'intermédiaire de son secrétaire général, a répondu à l'avocat de l'association.

Communiquer des procès-verbaux d'une commission du conseil municipal reviendrait à les rendre publics, ce à quoi faisaient obstacle les art. 10 al. 6 de la loi sur l'administration des communes du 13 avril 1984 (LAC - B 6 05) et 85 du règlement du conseil municipal de la commune du 11 mai 2017 (LC 12 111). La communication de l'ensemble des documents demandés serait en outre propre à entraver un processus décisionnel en cours et à révéler des informations couvertes par le secret des affaires. Les documents demandés n'étaient en outre pas identifiés d'une manière suffisamment précise.

Il ne pouvait donc être donné suite en l'état à la demande de l'association.

4) Par courrier du 17 mai 2021, l'association s'est adressée au préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après : le préposé) en requérant que soit entreprise une médiation et en discutant les motifs de refus invoqués par la commune.

5) Une rencontre de médiation s'est tenue dans les locaux du préposé le 8 juin 2021. L'association était représentée par son avocat, et la commune par son secrétaire général.

À l'issue de cette médiation, les parties ont trouvé un accord formalisé comme suit :

« - la demande d'accès aux documents tels que listés en page 2 du courrier du 30 avril 2021 se limite aux documents relatifs à la période antérieure à la consultation publique du 5 octobre au 5 novembre 2020 portant sur les projets dont il est question. S'agissant des documents ultérieurs à cette consultation, l'association y renonce en l'état, considérant qu'il s'agit de documents relatifs à un processus en cours. Il ne s'agit en aucun cas d'une renonciation définitive à demander l'accès auxdits documents ;

- les documents listés en page 2 du courrier du 30 avril 2021 antérieurs à la consultation publique seront remis non caviardés dans un délai de quinze jours, s'agissant des procès-verbaux, des ordres du jour et de la

composition de la commission. Les autres documents seront remis dans un délai d'un mois ;

- l'association s'engage à ne pas diffuser ces documents en dehors du cercle de ses membres, mais se réserve le droit de les utiliser en justice ».

6) Le 30 juin 2021, la commune a envoyé les procès-verbaux de commission en cause, mais caviardés, les noms des différents intervenants étant cachés ; ainsi que les ordres du jour non caviardés, à l'exception de deux points de la séance de commission du 11 juin 2020.

7) Le 13 juillet 2021, l'association a écrit à la commune. La première série de documents, reçue le 2 juillet 2021, était caviardée, contrairement à l'engagement de la commune.

Quant à la deuxième série, elle devait lui parvenir dans un délai d'un mois, soit au plus tard le 8 juillet 2021. Elle n'avait toutefois rien reçu à ce jour.

8) Le 14 juillet 2021 a eu lieu une rencontre entre l'avocat de l'association et certains de ses membres, d'une part, et le maire de la commune, un conseiller administratif et l'urbaniste communal, d'autre part. Aucun accord n'a pu être trouvé.

9) Par courriel du 20 juillet 2021, le maire de la commune a, en l'absence du secrétaire général, demandé à l'association de lui rappeler la liste des documents adressée le 30 avril 2021.

10) Le 6 août 2021, l'association a répondu par courriel. Les membres du comité ne comprenaient pas pourquoi le conseil administratif (ci-après : CA) de la commune tergiversait pour fournir les informations convenues. Les pièces demandées figuraient dans leur demande.

Les informations déjà transmises étaient lacunaires. Il manquait la liste des participants à chaque séance et la liste des décisions prises en fin de séance, tous les noms étaient caviardés y compris ceux des invités, et il n'était pas possible de déterminer si les procès-verbaux étaient ou non complets.

Une rencontre était sollicitée « pour éviter que cette situation ne pourrisse ».

11) L'association a derechef écrit par courriel à la commune le 15 septembre 2021. Elle ne savait pas si la commune prévoyait de ne pas respecter la parole donnée ou s'il s'agissait uniquement d'une question de délais. Il était impératif qu'elle sache, notamment, qui au sein de la commission s'était ou non récusé, plusieurs conseillers municipaux ayant un intérêt personnel au sort des délibérations.

12) Par acte déposé le 21 septembre 2021, l'association a formé par-devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) une « action en exécution formée par le droit public », concluant à la communication par la commune de la totalité des documents visés dans l'accord de médiation, dans un délai de dix jours suivant la notification de l'arrêt, et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

La chambre administrative était compétente sur la base de l'art. 132 al. 3 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), en tant qu'action fondée sur le droit public découlant d'un contrat de droit public et ne pouvant pas faire l'objet d'une décision. La doctrine considérait que l'accord de médiation en matière d'accès aux documents devait être qualifié de contrat de droit administratif entre l'autorité et le particulier. L'accord de médiation du 8 juin 2021 ne constituait pas une décision, dans la mesure où le préposé n'avait aucun pouvoir décisionnel.

Sur le fond, le contrat passé était parfait, et la commune était obligée par cet accord.

13) Le 12 novembre 2021, la commune a conclu à l'irrecevabilité de l'action ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Lors de la médiation, le secrétaire général de la commune n'était pas au bénéfice d'une procuration expresse du maire ou du CA lui conférant le pouvoir d'engager la commune dans le cadre de cette procédure LIPAD. Compte tenu des tensions politiques entourant l'adoption du projet de PDCom en lien avec la densification de la commune, le CA avait estimé que seule la remise de documents caviardés était envisageable.

Le courriel de l'association du 15 septembre 2021 montrait qu'elle ne cherchait pas tant à comprendre les choix urbanistiques effectués que de chercher querelle à certains conseillers municipaux.

La première condition pour que la chambre administrative soit compétente était que l'action fût fondée sur le droit public, ce qui était le cas. Il n'en allait pas de même de l'impossibilité d'obtenir une décision sujette à recours. La recevabilité d'actions de droit public était désormais très limitée. Or le fait qu'une médiation avait été menée n'empêchait nullement la commune de rendre une décision de refus, ce qu'elle n'avait en l'occurrence pas été invitée à faire.

Le silence de la LIPAD au sujet du caractère exécutoire ou non de l'accord de médiation était assurément une « lacune qualifiée », qui ne pouvait être comblée par voie prétorienne. Une décision de la commune, postérieure à la signature d'un accord de médiation, n'était pas exclue à Genève, faute de disposition prévoyant le caractère exécutoire d'un tel accord. En droit fédéral, il

était admis en doctrine qu'un accord de médiation au sens de l'art. 33b de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021) n'était qu'une prise de position qui devait être confirmée par une décision.

L'accord de médiation n'était pas non plus un contrat, dès lors qu'il ne prévoyait pas d'échange de prestations, mais uniquement un engagement de la commune à transmettre les documents demandés, ce qui s'apparentait bien plus à une décision unilatérale qu'à un contrat synallagmatique. Il devait y avoir un parallèle avec le refus de transmettre un document, dont il n'était pas contesté qu'il s'agît d'une décision. Il semblait en outre douteux que le responsable LIPAD de la commune puisse avoir la compétence de conclure un contrat, en contradiction avec l'art. 50 al. 2 LAC. De plus, même à considérer que l'accord de médiation serait un contrat de droit public, son exécution partielle de la part de la commune pourrait ouvrir la voie au prononcé d'une décision, elle-même sujette à recours.

Au fond, l'art. 26 al. 2 let. c LIPAD prévoyait comme motif de refus l'entrave notable du processus décisionnel, et l'art. 27 al. 1 et 2 LIPAD rendait le caviardage des données possibles dans un cas comme celui d'espèce. Le caviardage opéré permettait du reste une parfaite compréhension des échanges.

14) Le 17 décembre 2021, le juge délégué a tenu une audience de comparution personnelle des parties.

La commune a indiqué que le contenu de l'accord n'avait pas fait l'objet d'un aval formel par le CA, seul apte à la représenter. Monsieur E_____ avait été envoyé à cette séance de médiation en tant que responsable LIPAD de la commune. Il était aussi secrétaire général de la commune. Le CA était au courant de ce qu'il se rendait à cette médiation. Aucun mandat ni périmètre de négociation ne lui avait toutefois été donné par le CA. Il lui avait immédiatement été notifié qu'il avait outrepassé ses compétences, mais il n'avait pas fait l'objet d'une sanction pour cette raison. Il se trouvait qu'il partirait au 31 janvier 2022. Comme il n'était pas possible de revenir en arrière, le CA avait « bricolé » et essayé de trouver un moyen terme en envoyant les procès-verbaux caviardés, respectant en cela une pratique constante selon laquelle les séances de commissions restaient anonymes, notamment dans les rapports de commission, qui étaient oraux et succincts.

Selon le conseil de l'association, il y avait plusieurs points de désaccord, et pas seulement le caviardage. L'accord de médiation portait sur tous les documents auxquels il était fait référence, donc pas seulement des procès-verbaux de commissions mais aussi des échanges avec D_____ et des rapports de cette société. Il avait aussi été demandé qui participait à telle ou telle séance de commission, indépendamment de qui prenait la parole à un moment donné.

À l'issue de l'audience, il a été décidé, avec l'accord des parties, que le préposé serait appelé en cause et qu'un délai lui serait donné pour se déterminer, ensuite de quoi les parties se verraient donner un délai pour leurs observations finales.

15) Le 26 janvier 2022, le préposé a déposé ses observations.

Tous les cantons, en matière d'accès aux documents, préféraient une résolution de type conciliatoire dans un premier temps. La nature de l'accord de médiation n'était pas précisée. Seul le canton de Fribourg prévoyait que l'accord était immédiatement exécutoire. Si le Tribunal fédéral reconnaissait à la préposée du canton de Fribourg des compétences décisionnelles en matière procédurale, il ne lui avait pas reconnu de compétence à statuer sur le fond.

Dans la mesure où l'accord de médiation s'était substitué à la décision de refus initiale, on pouvait dire qu'il s'agissait d'une décision de la commune au sens de l'art. 30 al. 5 LIPAD. Les exigences formelles de l'art. 46 LPA n'étaient cependant, dans un tel cas, pas réalisées, et l'art. 10 al. 10 du règlement d'application de la LIPAD du 21 décembre 2011 (RIPAD - A 2 08.01) prévoyait que l'accord était formalisé par écrit avec le concours du préposé, ce qui était peu compatible avec l'idée d'une décision administrative rendue par la commune.

Une autre conception, qui apparaissait préférable, était celle défendue par la requérante, à savoir l'existence d'un contrat de droit public. Cette solution avait les faveurs d'une partie de la doctrine et avait le mérite de correspondre à un échange de volontés concordantes caractéristiques du contrat. Elle était la plus compatible avec l'esprit consensuel voulu par la LIPAD dans cette phase de la procédure.

Quoi qu'il en fût, l'accord de médiation devait pouvoir être exécuté sans qu'une décision subséquente soit nécessaire, faute de quoi il serait dénué de toute portée.

16) Le 8 février 2022, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 11 mars 2022 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.

17) Le 11 mars 2022, la commune a persisté dans ses conclusions, reprenant largement ses précédentes écritures et déclarations en audience.

Les documents caviardés remis à l'association permettaient aisément de comprendre les choix de la commission du conseil municipal, seul objectif annoncé initialement. Il s'était avéré que le but réellement poursuivi par l'association était d'identifier des conseillers municipaux ayant pris des positions contraires aux intérêts privés de l'association.

Le PDCom avait été adopté par une large majorité du conseil municipal le 18 novembre 2021.

18) Le 11 mars 2022, l'association a persisté dans ses conclusions. Comme le relevait le préposé, qu'il soit qualifié de décision administrative ou de contrat de droit public, l'accord de médiation constituait un « acte attaquable ».

En outre, quoi que la commune tentât de faire croire, elle ne s'était pas exécutée. Une comparaison était faite de manière systématique entre les documents demandés et ceux reçus, par le biais d'un tableau.

19) Le 6 avril 2022, la commune a spontanément répliqué, persistant dans ses conclusions. L'accord de médiation ne pouvait pas être un « acte attaquable ». Si l'on exceptait la question du caviardage des documents, la commune avait satisfait à ses exigences de production de documents, les échanges avec D_____ ou rapports de cette dernière se limitant à des présentations PowerPoint qui avaient déjà été remises.

20) Exerçant le 20 avril 2022 son droit à la réplique, l'association s'est déterminée sur l'écriture précitée.

21) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1) La chambre administrative examine d'office la recevabilité des recours et demandes portés devant elle (art. 1 al. 2, art. 6 al. 1 let. c et art. 11 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; ATA/774/2022 du 9 août 2022 consid. 1).

Il convient dès lors d'examiner si l'acte déposé par la requérante est recevable, que ce soit en tant qu'action ou en tant que recours.

2) a. La chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05, correspondant à l'art. 56A al. 1 de l'ancienne loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - aLOJ, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010).

Le recours y 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. Sont réservées les exceptions prévues par la loi (art. 132 al. 2 LOJ, correspondant à l'art. 56A al. 2 aLOJ).

b. En vertu de l'art. 4 al. 1 LPA, sont considérées comme des décisions au sens de l'art. 1 LPA, les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas fondés 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).

En droit genevois, la notion de décision est calquée sur le droit fédéral (ATA/1656/2019 du 12 novembre 2019 consid. 2b ; ATA/385/2018 du 24 avril 2018 consid. 4b et les références citées). Il ne suffit pas que l'acte querellé ait des effets juridiques, encore faut-il que celui-ci vise des effets juridiques. Sa caractéristique en tant qu'acte juridique unilatéral tend à modifier la situation juridique de l'administré par la volonté de l'autorité, mais sur la base de et conformément à la loi (ATA/1656/2019 précité consid. 2c ; ATA/385/2018 précité consid. 4c). La décision a pour objet de régler une situation juridique, c'est-à-dire de déterminer les droits et obligations de sujets de droit en tant que tels. Ce critère permet d'écarter un certain nombre d'actes qui ne constituent pas des décisions, comme les actes matériels, les renseignements, les recommandations ou les actes internes de l'administration (Benoît BOVAY, Procédure administrative, 2ème éd., 2015, p. 339 ss).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, en droit public, la notion de « décision » au sens large vise habituellement toute résolution que prend une autorité et qui est destinée à produire un certain effet juridique ou à constater l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'une obligation ; au sens étroit, c'est un acte qui, tout en répondant à cette définition, intervient dans un cas individuel et concret (ATF 135 II 328 consid. 2.1 ; 106 Ia 65 consid. 3 ; 99 Ia 518 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_282/2017 du 4 décembre 2017 consid. 2.1). La notion de décision implique donc un rapport juridique obligatoire et contraignant entre l'autorité et l'administré. De simples déclarations, comme des opinions, des communications, des prises de position, des recommandations et des renseignements n'entrent pas dans la catégorie des décisions, faute de caractère juridique contraignant (arrêts du Tribunal fédéral 1C_593/2016 du 11 septembre 2017 consid. 2.2 ; 8C_220/2011 du 2 mars 2012 consid. 4.1.2).

Pour déterminer s'il y a ou non décision, il y a lieu de considérer les caractéristiques matérielles de l'acte. Un acte peut ainsi être qualifié de décision (matérielle), si, par son contenu, il en a le caractère, même s'il n'est pas intitulé comme tel et ne présente pas certains éléments formels typiques d'une décision, telle l'indication des voies de droit (arrêt du Tribunal fédéral 2C_282/2017 précité consid. 2.1 et les références citées).

3) a. Par ailleurs, la chambre administrative connaît en instance cantonale unique des actions fondées sur le droit public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une

décision au sens de l'art. 132 al. 2 LOJ et qui découlent d'un contrat de droit public. Les dispositions de la LPA en matière de recours s'appliquent par analogie à ces actions (art. 132 al. 3 LOJ, correspondant à l'art. 56G aLOJ).

b. Avant le 1er janvier 2009, la chambre administrative n'était compétente pour connaître des recours contre les décisions concernant le statut et les rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'État que dans la mesure où une disposition légale, réglementaire ou statutaire le prévoyait (art. 56B al. 4 aLOJ). Quant à l'art. 56G aLOJ qui réglementait l'ancienne action pécuniaire largement utilisée pour régler le contentieux financier de la fonction publique, sa teneur a été modifiée. Tout d'abord intitulé « action contractuelle » depuis l'entrée en vigueur le 1er janvier 2009 de la modification législative du 18 septembre 2008, et réservé aux prétentions fondées sur le droit public qui ne pouvaient pas faire l'objet d'une décision et qui découlaient d'un contrat de droit public, il est devenu depuis le 1er janvier 2011 l'art. 132 al. 3 LOJ.

Le but du législateur était notamment de simplifier le contentieux administratif de la fonction publique. Dans ce domaine, le fonctionnaire ne peut plus intenter une action pécuniaire pour des prétentions fondées sur les rapports de service, mais doit formuler ses prétentions auprès de l'autorité qui, selon lui, viole ses droits (art. 4A LPA). L'autorité ouvre alors une procédure qui est régie par la LPA et, après avoir instruit la cause, l'autorité concernée prend une décision sujette à recours. La juridiction administrative n'intervient plus que sur recours contre cette décision. De son côté, l'action contractuelle de l'art. 132 al. 3 LOJ n'est plus une voie de droit ouverte pour ce type de contentieux, étant désormais réservée à celui des contrats de droit public (ATA/11/2022 du 11 janvier 2022 consid. 6a).

Pour que l'action soit recevable, il faut ainsi que les conclusions prises par le demandeur ne puissent faire l'objet d'une décision (ATA/152/2020 du 11 février 2020 consid. 1b).

4) a. Le contrat de droit administratif est un acte résultant de la concordance de deux ou plusieurs manifestations de volonté concrétisant la loi dans un cas particulier individuel, ayant pour objet l'exécution d'une tâche publique de façon à produire des effets bilatéraux obligatoires. Il peut également être défini comme toute convention liant l'État à un particulier (ou deux ou plusieurs entités étatiques entre elles) et relevant non pas du droit civil mais du droit public (ATA/1385/2021 du 21 décembre 2021 consid. 12). Le contrat de droit administratif est ainsi une forme de contrat de droit public se caractérisant, d'une part, par sa nature bilatérale, ce qui le distingue de la décision, et, d'autre part, par son inscription dans l'exécution d'une tâche publique prévue par la loi, ce qui le distingue du contrat de droit privé (ATA/964/2021 du 21 septembre 2021 consid. 2c ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd. 2018, n. 970 s.).

b. Un contrat de droit administratif suppose un acte bilatéral ou multilatéral ; les actes juridiques qui n'ont qu'un caractère unilatéral et qui reposent sur l'exercice d'une compétence légale ne peuvent être qualifiés de tels (arrêts du Tribunal fédéral 2C_132/2017 du 16 octobre 2018 consid. 5.1 ; 1C_61/2010 du 2 novembre 2010 consid. 4.1).

Dans le premier de ces deux arrêts, le Tribunal fédéral a nié le caractère de contrat de droit administratif d'un acte qui prévoyait, comme seul engagement, l'obligation pour une commune d'aménager un carrefour, dans un délai qui n'était du reste pas défini, dès lors que la commune apparaissait comme la seule partie à être chargée de tâches de droit public et que l'on ne discernait pas quelle serait la contre-prestation à la charge de la recourante (arrêts du Tribunal fédéral 2C_132/2017 précité consid. 5.2). On ne saurait toutefois y voir un critère absolu, dès lors que même si une absence de contre-prestation peut faire pencher l'analyse en faveur d'un acte unilatéral, il existe des contrats dits unilatéraux en droit privé (arrêts du Tribunal fédéral 5A_59/2013 du 10 janvier 2014 consid. 5.2.1 ; 4A_757/2011 du 3 avril 2012 consid. 2.3) et il peut parfaitement en aller de même en droit public. Ainsi, deux auteurs mentionnent que « si l'acte juridique "contrat" est bilatéral, son contenu peut être unilatéral, en ce sens qu'il peut n'obliger qu'une partie à faire une prestation en faveur de l'autre » (Jacques DUBEY/Jean-Baptiste ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n. 1081).

c. D'autres critères peuvent intervenir qui permettent de distinguer un contrat de droit privé d'un contrat de droit public. Ainsi, par exemple, la présence d'une clause d'élection de for va dans le sens d'un contrat de droit privé (ATF 134 II 297 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_727/2018 du 5 juin 2019 consid. 1.8).

d. Parmi les types reconnus de contrat de droit administratif figure le contrat de conciliation en matière de contentieux administratif. Le contrat de transaction constitue une demande commune des parties concernées à l'autorité compétente pour le règlement d'un litige administratif. Ainsi, dans la mesure où les parties peuvent disposer de l'introduction et de la fin de la procédure ainsi que de l'objet du litige (maxime de disposition) et où les règles de droit matériel et de droit procédural sont respectées, le contrat de transaction lie l'autorité qui statue sur le litige (Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8ème éd., 2020, n. 1323).

5) a. En matière d'assurances sociales, les litiges peuvent être réglés par transaction (art. 50 al. 1 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 - LPGA - RS 830.1). En raison de son caractère bilatéral et des effets obligatoires qu'elle déploie, la transaction revêt les qualités matérielles d'un contrat de droit administratif (Valérie DÉFAGO GAUDIN, in Anne-Sylvie DUPONT/Margit MOSER-SZELESS [éd.], LPGA – Commentaire romand, 2018, n. 10 ad art. 50 LPGA). La LPGA prévoit également

que l'assureur est tenu de notifier la transaction sous la forme d'une décision sujette à recours (art. 50 al. 2 LPGA ; ATF 140 V 77 consid. 3.2).

b. En procédure administrative fédérale tant non contentieuse que contentieuse, l'autorité peut suspendre la procédure, avec le consentement des parties, afin de permettre à celles-ci de se mettre d'accord sur le contenu de la décision ; l'accord doit inclure une clause de renonciation des parties aux voies de droit ainsi qu'une clause réglant le partage des frais (art. 33b al. 1 PA). Afin de favoriser la conclusion d'un accord, l'autorité peut désigner comme médiateur une personne physique neutre et expérimentée (art. 33b al. 2 PA). En cas d'accord, l'autorité fait de celui-ci le contenu de sa décision, sauf si l'accord comporte un vice (art. 33b al. 4 PA).

6) Selon l'art. 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. Selon l'art. 9 Cst., toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. Le principe de la bonne foi comprend notamment l'interdiction des comportements contradictoires ou abusifs (ATF 143 IV 117 consid. 3.2 ; 136 I 254 consid. 5.2 ; ATA/273/2022 du 15 mars 2022 consid. 4a). L'interdiction des comportements contradictoires ne concerne que la même autorité, agissant à l'égard des mêmes justiciables, dans la même affaire ou à l'occasion d'affaires identiques (ATF 111 V 81 consid. 6).

Conformément au principe de la confiance, qui s'applique aux procédures administratives, les décisions, les déclarations et comportements de l'administration doivent recevoir le sens que l'administré pouvait raisonnablement leur attribuer en fonction des circonstances qu'il connaissait ou aurait dû connaître. Le principe de la confiance est toutefois un élément à prendre en considération et non un facteur donnant en tant que tel naissance à un droit (arrêt du Tribunal fédéral du 14 octobre 2004 in RDAF 2005 I 71 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 569 et les références citées).

7) 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, soit favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique (let. a) ainsi que protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant (let. b ; art. 1 al. 2 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).

La LIPAD s'applique, sous réserve de l'art. 3 al. 3 LIPAD, non pertinent en l'espèce, et de l'art. 3 al. 5 LIPAD, aux institutions publiques visées à l'art. 3 al. 1 LIPAD et aux entités mentionnées à l'art. 3 al. 2 LIPAD. Sont notamment concernées les communes, ainsi que leurs administrations et les commissions qui en dépendent (art. 3 al. 1 let. b LIPAD).

b. L'art. 24 LIPAD prévoit que toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la LIPAD (al. 1). L'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents (al. 2).

Selon l'art. 25 LIPAD, les documents au sens de cette loi sont tous les supports d'information détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique (al. 1), à savoir une activité étatique ou paraétatique (MGC 2000 45/VIII 7641 p. 7693). Constituent 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 qui n'existent que sous forme électronique, l'impression qui peut en être obtenue sur support papier par un traitement informatique est un document (al. 3). 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).

c. La demande d'accès n'est en principe soumise à aucune exigence de forme. Elle n'a pas à être motivée, mais doit contenir des indications suffisantes pour permettre l'identification du document recherché. En cas de besoin, l'institution peut demander qu'elle soit formulée par écrit (art. 28 al. 1 LIPAD). Lorsque cette demande n’est pas satisfaite, le requérant peut saisir le préposé en vue d’une médiation dans les dix jours à partir de la confirmation écrite de l’intention de l’institution (art. 30 al. 1 let. a et al. 2 LIPAD). Le préposé recueille l’avis des institutions et personnes concernées et formule à l’adresse du requérant et de l’institution, si la médiation n’aboutit pas, une recommandation écrite sur la communication du document considéré, l’institution en cause disposant d’un délai de dix jours pour rendre une décision sur la communication dudit document (art. 30 al. 3 et 5 LIPAD). En revanche, si la médiation aboutit, l'affaire est classée (art. 30 al. 4 LIPAD ; pour la procédure dans les autres cantons romands, voir Joséphine BOILLAT/Stéphane WERLY, Transparence passive – aspects pratiques, in Sylvain MÉTILLE 0091éd.], Le droit d'accès, 2021, 207-242, pp. 220 ss).

Par ailleurs, des responsables ayant une formation appropriée et les compétences utiles doivent être désignés et des procédures adéquates être mises en œuvre au sein des institutions publiques pour y garantir une correcte application de la loi (art. 50 al. 1 LIPAD).

d. L'art. 10 RIPAD précise le déroulement de la procédure de médiation. Selon l'art. 10 al. 7 RIPAD, dès qu'il est saisi d'une requête de médiation, le préposé cantonal informe le responsable LIPAD de l'institution concernée ; il incombe à celui-ci de renseigner le préposé cantonal et de représenter l'institution dans le cadre de la procédure de médiation. En fonction des circonstances, le responsable LIPAD peut se faire accompagner de tout organe ou membre de l'institution dont le concours serait propice à l'éclaircissement des faits et à la recherche d'une solution consensuelle.

Le préposé cantonal mène la procédure de manière informelle, en recueillant la position des institutions et des personnes concernées sur le document demandé et sur son accès, selon un mode de communication adapté à la complexité de la requête et conformément au principe d'économie de procédure (art. 10 al. 8 RIPAD). Il entend les parties et peut les réunir. Il s'efforce de les amener à un accord. Il leur soumet, si nécessaire, des propositions (art. 10 al. 9 RIPAD). En cas d'issue positive de la médiation, le résultat de l'accord des parties est formalisé dans un document écrit, avec le concours du préposé cantonal (art. 10 al. 10 RIPAD).

8) À titre de comparaison, la procédure est réglée de manière très semblable au plan fédéral. Ainsi, toute personne peut déposer une demande en médiation lorsque sa demande d'accès à des documents officiels est limitée, différée ou refusée, ou lorsque l'autorité n'a pas pris position sur sa demande dans les délais (art. 13 al. 1 let. a et b de la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration, 17 décembre 2004 - LTrans - RS 152.3). La demande en médiation est déposée par écrit auprès du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence dans un délai de vingt jours à compter de la date de réception de la prise de position de l'autorité ou à l'échéance des délais fixés à l'autorité pour prendre position (art. 13 al. 2 LTrans). Lorsque la médiation aboutit, l'affaire est classée (art. 13 al. 3 LTrans). Lorsque la médiation n'aboutit pas, le préposé fédéral à la protection des données et à la transparence établit une recommandation écrite à l'attention des participants à la procédure dans les trente jours qui suivent la réception de la demande en médiation (art. 14 LTrans), et l'autorité rend une décision si, en dérogation à la recommandation, elle entend limiter, différer ou refuser le droit d'accès (art. 15 al. 2 let. a LTrans).

Selon la doctrine, un accord en procédure de médiation oblige l'autorité, et peut être contesté, en tant que transaction judiciaire (ATF 132 III 737), selon les règles du droit privé, notamment pour erreur (Urs MAURER-LAMBROU/ Gabor P. BLECHTA [éd.], Datenschutzgesetz - Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3ème éd., 2014, n. 31 ad art. 13 LTrans). Selon un autre auteur, l'accord de médiation constitue un contrat de droit administratif et peut être contesté, notamment pour erreur, par la voie de l'action devant le Tribunal administratif fédéral (Christine GUY-ÉCABERT, in Stephan C.

BRUNNER/Luzius MADER [éd.], Öffentlichkeitsgesetz – commentaire Stämpfli, 2008, n. 54 et 56 ad art. 13 LTrans).

9) a. Selon l'art. 48 let. n LAC, il appartient au CA de défendre les intérêts de la commune dans les procès qu'elle a ou qui lui sont intentés et de prendre les mesures nécessaires.

b. À teneur de l'art. 9 al. 3 LPA, les collectivités et autres personnes de droit public peuvent se faire représenter par les membres de leurs autorités ou organes ainsi que par les membres de leur personnel (ATA/224/2017 du 21 février 2017 consid. 2 ; ATA/652/2009 du 10 décembre 2009 consid. 3).

10) En l'espèce, il n'est – à juste titre – pas contesté que l'action se fonde sur le droit public, plus précisément sur la LIPAD.

S'agissant des deux autres conditions posées par l'art. 132 al. 3 LOJ, à savoir découler d'un contrat de droit public et ne pas pouvoir faire l'objet d'une décision, elles doivent être examinées conjointement vu leur étroite imbrication.

La législation genevoise se contente d'indiquer, en cas d'accord trouvé lors de la procédure de médiation, que la procédure est classée et que le résultat de l'accord des parties est formalisé dans un document écrit, avec le concours du préposé cantonal. Il n'est pas prévu expressément, contrairement au droit fribourgeois (art. 14 al. 3 de l'ordonnance sur l'accès aux documents du 14 décembre 2010 - OAD - RS/FR 17.54), que l'accord devient immédiatement exécutoire.

Il convient néanmoins de prendre en compte le système dans lequel s'inscrit la procédure de médiation. Au plan genevois, le requérant demande accès à un ou plusieurs documents. Si un refus lui est manifesté à titre prévisionnel, il demande une médiation. Si celle-ci aboutit, la procédure est classée, et si elle n'aboutit pas l'entité publique sollicitée rend une décision (totalement ou partiellement négative) permettant d'interjeter recours auprès de la chambre de céans puis, le cas échéant, du Tribunal fédéral. Contrairement au mécanisme des art. 50 LPGA ou 33b PA, la législation ne prévoit pas de décision subséquente en cas de réussite de la médiation, mais seulement en cas d'échec.

De plus, l'accord de médiation en matière d'accès aux documents est par définition un acte bilatéral résultant d'une manifestation concordante de volontés, ce qui correspond à la définition du contrat. En revanche, et là aussi par nature, c'est généralement l'entité publique visée qui devra fournir la part essentielle des prestations prévues, puisqu'il s'agit d'une demande de l'administré d'accès à un ou plusieurs documents en sa possession, c'est-à-dire que le contrat sera, en règle générale, unilatéral, même si une contre-prestation est possible, notamment sous forme d'un émolument (art. 28 al. 7 LIPAD). Ainsi, conformément à ce que

préconise la doctrine, on doit considérer que l'accord de médiation est un contrat de droit administratif.

Dans la mesure où ledit accord met un terme à la procédure, et où une décision subséquente est prévue uniquement en cas d'échec de la médiation, on doit admettre que le contrat de droit administratif que constitue l'accord de médiation, d'une part est immédiatement exécutoire – ce qui correspond à la règle en matière de contrats de droit administratif (Peter KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, 2018, p. 225) –, et d'autre part ne peut pas faire l'objet d'une décision, si bien qu'il s'agit d'un acte pouvant donner lieu à une action de droit administratif conformément à l'art. 132 al. 3 LOJ.

Formée devant l'autorité compétente, l'action est ainsi recevable.

11) Sur le fond, l'accord de médiation a en l'occurrence été formalisé par écrit de manière claire.

Dans son argumentation, l'intimée soulève différents éléments pour expliquer son revirement, sans toutefois directement invoquer d'erreur essentielle. Ses différents arguments tombent toutefois à faux.

Ainsi, le fait que l'accord de médiation ait été signé par le secrétaire général de la commune ne pose aucunement problème. Si la LAC prévoit que le CA est compétent pour défendre les intérêts de la commune dans les procédures judiciaires, l'art. 9 al. 3 LPA prévoit qu'une entité publique peut être représentée par un membre de son personnel, et l'art. 10 al. 7 RIPAD qu'il incombe au responsable LIPAD de représenter l'institution dans le cadre de la procédure de médiation. Or le CA était au courant de la séance de médiation et y a délégué son secrétaire général, soit le plus haut fonctionnaire de l'administration municipale, par ailleurs responsable LIPAD de la commune. Il appartenait au CA, si l'affaire lui semblait de la plus haute importance, de donner un mandat de négociation à son secrétaire général, voire de se rendre aussi à la séance.

L'argument lié à la motivation de la recourante est tout aussi inopérant. Les motifs qui guident une demande d'accès aux documents ou la qualité du requérant ne revêtant pas de pertinence (art. 28 al. 1 LIPAD ; ATA/427/2020 du 30 avril 2020 consid. 2b : ATA/1003/2016 du 29 novembre 2016 consid. 6d), un élément y relatif ne peut pas non plus conduire à retenir un défaut de formation de la volonté a posteriori.

Quant aux différents motifs de refus évoqués par l'intimée, ils ne sauraient permettre de remettre en cause un accord librement donné. À cet égard, rien dans le dossier ne permet de retenir que l'accord de l'intimée ne revêtirait pas cette qualité, ni que le contrat conclu n'était pas parfait.

Il résulte de ce qui précède que l'accord de médiation, exécutoire, doit être respecté par l'intimée, conformément au principe général *pacta sunt servanda*. L'intimée a ainsi adopté un comportement contradictoire et contrevenu aux règles de la bonne foi en ne donnant que partiellement suite à cet accord. La chambre de céans fera donc droit à la conclusion principale de la requérante, en ordonnant que l'intimée lui donne accès aux documents tels que figurant dans l'accord de médiation du 8 juin 2021.

12) Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA), et une indemnité de CHF 1'500.- sera allouée à l'association, à la charge de la commune (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable l'action déposée le 21 septembre 2021 par A_____ contre la commune de Chêne-Bougeries ;

au fond :

l'admet ;

ordonne à la commune de Chêne-Bougeries de transmettre les documents demandés, en conformité avec l'accord de médiation intervenu le 8 juin 2021 ;

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

alloue à l'A_____ une indemnité de CHF 1'500.-, à la charge de la commune de Chêne-Bougeries ;

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 Mes Yannick Fernandez et Paul Hanna, avocats de la recourante, à Me Patrick Malek-Asghar, avocat de la commune de Chêne-Bougeries ainsi qu'au préposé cantonal à la protection des données et à la transparence.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Krauskopf, MM. Verniory et Mascotto, Mme Michon Rieben, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	la présidente siégeant :
M. Michel	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :