

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3708/2013-LIPAD

ATA/525/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 21 juin 2016

dans la cause

A_____

représentée par Me Olivier Wehrlé, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE L'EMPLOI, DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA
SANTÉ**

**LE PRÉPOSÉ CANTONAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA
TRANSPARENCE**

et

B_____, appelée en cause

EN FAIT

1. A_____ (ci-après : A_____) est une société anonyme dont le but est l'exploitation d'une pharmacie, située à C_____.
2. B_____ (ci-après : B_____) est une société anonyme active dans la vente de médicaments et de services pharmaceutiques.
3. Par arrêté du 13 mai 2013, le département des affaires régionales, de l'économie et de la santé, devenu le département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (ci-après : DEAS), a octroyé à B_____ une autorisation d'exploiter une pharmacie, sise à D_____ (ci-après : la pharmacie).

Il ressort de cet arrêté que, le 3 avril 2013, le service du pharmacien cantonal du DEAS (ci-après : SPhC) a effectué une inspection des locaux de la pharmacie et a rendu un rapport afférent. Le 10 mai 2013, le SPhC a préavisé favorablement l'octroi de l'autorisation d'exploiter sollicitée par B_____, sous deux conditions, soit une relative à la signalétique de la pharmacie et l'autre à l'accès des locaux.

Cet arrêté n'a fait l'objet d'aucune publication.

4. Par échange de courriels du 19 août 2013, la A_____ a obtenu du SPhC une copie de l'arrêté précité et a également sollicité l'envoi du rapport d'inspection des locaux de la pharmacie du 3 avril 2013 (ci-après : le rapport d'inspection).
5. Par courrier du 23 août 2013, la A_____ a réitéré auprès du SPhC sa demande du 19 août 2013, celle-ci étant restée sans réponse.
6. Par décision du 27 août 2013, le SPhC a refusé de faire droit à la demande précitée de la A_____. Le rapport d'inspection était susceptible de contenir des informations couvertes par des secrets professionnels ou de fabrication, ainsi que d'autres relatives au fonctionnement de la pharmacie et ne pouvaient dès lors pas être divulguées à des tiers.
7. Suite à ce refus, par requête du 9 septembre 2013, la A_____ a requis une médiation auprès du préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après : PPDT) et, à défaut, une recommandation écrite de sa part en faveur de la communication du rapport d'inspection.
8. Par acte du 18 septembre 2013, la A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre l'autorisation d'exploiter la pharmacie délivrée à B_____ par arrêté du 13 mai 2013. Cette procédure a été référencée sous cause n° A/3012/2013.

9. Par courriel du 26 septembre 2013, le PPDT a informé le DEAS, qu'au vu de son attitude, il renonçait à poursuivre la médiation et qu'une recommandation allait être rendue sur l'accès ou non au rapport d'inspection.

10. Par recommandation du 16 octobre 2013, le PPDT a préconisé au DEAS d'accorder à la A_____ l'accès à ce rapport et l'a invité à rendre une décision dans les dix jours.

Aucun élément ne s'opposait à la communication du document sollicité, éventuellement caviardé des données personnelles des employés ou des secrets d'affaires. Le fait de prendre connaissance d'une potentielle contravention d'un concurrent relative à des exigences de disposition et d'aménagement des locaux ne procurait aucun avantage indu à la A_____. Enfin, l'exploitation de la pharmacie n'ayant pas encore débuté, un certain nombre de rubriques du rapport d'inspection n'étaient pas référencées, notamment celles relatives à l'inspection des médicaments et des produits vendus, ne révélant de ce fait aucun secret d'affaires ou de fabrication.

Au surplus, la procédure de médiation prévue par 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) n'étant pas contentieuse et, de ce fait, pas soumise à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), elle ne pouvait pas être suspendue en raison de l'existence d'une procédure judiciaire.

11. Par décision du 30 octobre 2013, le DEAS a refusé à la A_____ l'accès au rapport d'inspection.

La procédure judiciaire n° A/3012/2013 était pendante à cette date devant la chambre administrative. Dès lors, la maxime d'office s'appliquait à l'ensemble des faits de la cause, dont le rapport d'inspection requis par la A_____. Dans ces circonstances, les dispositions de la LIPAD ne trouvaient plus application, rendant la procédure de médiation sans objet.

12. Par acte du 19 novembre 2013, la A_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre la décision précitée, en concluant, préalablement, à son annulation et, ceci fait, à ordonner au DEAS de donner accès au rapport d'inspection.

Suite à la recommandation du PPDT du 16 octobre 2013, les pouvoirs du DEAS se limitaient à rendre une décision accordant ou non l'accès au document sollicité et non à juger de la recevabilité de la requête en médiation du 9 septembre 2013. Le DEAS ne pouvait s'en écarter qu'au regard de l'art. 26 al. 2 let. e LIPAD, dont les conditions n'étaient pas remplies, la demande de médiation LIPAD n'ayant pas pour but de contourner les règles de procédure administrative

dans le cadre de la cause n° A/3012/2013, ce que le DEAS n'alléguait d'ailleurs pas.

13. Par courrier du 28 novembre 2013, le PPDT a renoncé à formuler des observations sur la présente cause et a, pour le surplus, renvoyé aux termes de sa recommandation du 16 octobre 2013.

14. Par réponse du 20 janvier 2014, le DEAS a conclu, principalement, à l'irrecevabilité du recours précité et, subsidiairement, à son rejet.

Le 19 août 2013, la A_____ avait demandé au SPhC de lui transmettre le rapport d'inspection, afin d'agir en justice contre l'autorisation d'exploiter la pharmacie délivrée à B_____ et ainsi fonder son recours. Or, par acte du 18 septembre 2013, la A_____ avait déposé un recours dans ce sens et avait, dans le cadre de cette procédure, sollicité la production du rapport d'inspection. La demande de médiation LIPAD était donc devenue sans objet et la A_____ n'avait plus aucun intérêt actuel à recourir contre le refus du 30 octobre 2013, étant donné, qu'en vertu de la maxime d'office, le juge pouvait, dans le cadre de l'instruction de la cause n° A/3012/2013, réclamer ce rapport.

Celui-ci portait sur le contrôle et l'application conforme des dispositions légales idoines par B_____, il était destiné à fonder ou non l'octroi de l'autorisation d'exploiter la pharmacie. Il avait été émis par le SPhC, puis transmis au DEAS. Il s'agissait donc d'un document interne au sens de l'art. 7 al. 3 let. b du règlement d'application de la LIPAD du 21 décembre 2011 (RIPAD - A 2 08.01) et était ainsi non transmissible. De plus, il contenait des informations couvertes par le secret, notamment des éléments relatifs à la mise sur le marché de médicaments ou au fonctionnement de la pharmacie et à ses affaires. Ce rapport d'inspection contenait également des données personnelles. Or, la A_____ ne s'appuyait sur aucun intérêt privé prépondérant pour accéder à celui-ci, contrairement à B_____, qui avait un intérêt privé à ce qu'il reste confidentiel.

15. Dans le cadre de l'instruction de la cause n° A/3012/2013, le juge délégué a requis du DEAS l'intégralité du dossier d'autorisation d'exploiter la pharmacie par B_____.

16. Par réplique du 4 février 2014, la A_____ a persisté dans l'entier de ses conclusions et de son argumentation.

Il ne faisait nul doute qu'elle avait un intérêt actuel à obtenir le rapport d'inspection, intérêt fondé sur le but même de la LIPAD, soit d'assurer la transparence du fonctionnement de l'administration. Le DEAS était de mauvaise foi en arguant que la médiation n'avait plus d'objet, le document sollicité devant être produit dans l'instruction de la cause n° A/3012/2013, alors même qu'il

n'avait pas encore déféré à l'ordre du juge délégué de produire l'intégralité de son dossier, en rapport avec l'ouverture de la pharmacie exploitée par B_____.

17. Dans le cadre de la présente cause, le juge délégué a également requis du DEAS la production du rapport d'inspection, en vertu de l'art. 63 LIPAD et ce document a été versé à la procédure avec une restriction de consultation en application de l'art. 44 LIPAD.
18. Par arrêt du 8 décembre 2015 (ATA/1308/2015), dans la cause A/3012/2013, la chambre administrative a déclaré irrecevable le recours de la A_____ contre la décision d'exploiter du DEAS du 13 mai 2013 délivrée à B_____. Celle-là, concurrente de cette dernière, ne se trouvait pas, vis-à-vis de l'objet de la contestation dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération qui la légitimait à recourir.

La A_____ a saisi le Tribunal fédéral d'un recours en matière de droit public, actuellement pendant devant cette juridiction.
19. Par décision du 3 mai 2016 (ATA/394/2016), la chambre administrative a appelé en cause B_____ et lui a accordé un délai au 7 juin 2016 pour se déterminer sur le recours objet du présent litige.
20. À la date du prononcé du présent arrêt, B_____ ne s'étant pas déterminée, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable sous ces angles (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a LPA).
2. Dans le présent litige, la décision querellée du DEAS a été prise suite à une procédure de médiation basée sur la LIPAD. Celle-ci n'ayant pas abouti, le PPDT a soumis sa recommandation aux parties.

L'art. 30 al. 4 et 5 LIPAD décrit cette procédure, en instaurant que, si la médiation aboutit l'affaire est classée et, qu'à défaut, le PPDT formule à l'adresse du requérant ainsi que de l'institution concernée, une recommandation écrite sur la communication du document considéré. Suite à quoi, cette dernière rend, dans les dix jours, une décision sur la communication ou non du document sollicité.
3. a. Aux termes de l'art. 60 al. 1 let. b LPA, ont qualité pour recourir toutes les personnes qui sont touchées directement par une décision et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

b. Selon la jurisprudence, le recourant doit avoir un intérêt pratique à l'admission du recours, soit que cette admission soit propre à lui procurer un avantage, de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 121 II 39 consid. 2 c/aa ; arrêt du Tribunal fédéral 1A.47/2002 du 16 avril 2002 consid. 3 ; ATA/307/2013 du 14 mai 2013 ; ATA/759/2012 du 6 novembre 2012 ; ATA/188/2011 du 22 mars 2011 ; ATA/146/2009 du 24 mars 2009).

Un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 135 I 79 consid. 1 ; 128 II 34 consid. 1b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_133/2009 du 4 juin 2009 consid. 3 ; Hansjörg SEILER, Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2007, n. 33 ad art. 89 LTF, p. 365 ; Karl SPUHLER/Annette DOLGE/Dominik VOCK, Kurzkomentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2006, n. 5 ad art. 89 LTF, p. 167). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours ; s'il s'éteint pendant la procédure, le recours, devenu sans objet, doit être simplement radié du rôle (ATF 125 V 373 consid. 1 ; 118 Ib 1 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; ATA/175/2007 du 17 avril 2007 consid. 2a ; ATA/915/2004 du 23 novembre 2004 consid. 2b) ou déclaré irrecevable (ATF 123 II 285 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_69/2007 du 11 juin 2007 consid. 2.3 ; ATA/307/2013 précité ; ATA/192/2009 du 21 avril 2009 ; ATA/640/2005 du 27 septembre 2005).

c. En l'espèce, le litige se limite à la question de l'accès ou non de la recourante au rapport d'inspection, sous l'angle exclusif de la LIPAD. Or, dans la décision querellée, le DEAS a estimé que la procédure de médiation devant le PPDT, intentée le 9 septembre 2013 par la A_____, était devenue sans objet, du fait de l'existence de la procédure n° A/3012/2013. Le DEAS n'a donc pas tranché la question de la légalité de l'accès au document sollicité, au regard des dispositions de la LIPAD.

Dès lors, en tant que destinataire de ce refus, la recourante bénéficie d'un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision querellée et à l'obtention de la réponse à la question précitée, ceci indépendamment des intérêts en jeu dans la procédure A/3012/2013 actuellement pendante devant le Tribunal fédéral. En effet, l'accès ou non au rapport d'inspection, sous l'angle de la LIPAD, ne rentre pas dans le cadre de cette procédure contentieuse.

Dans ces circonstances, la recourante jouit d'un intérêt actuel et pratique, et bénéficie donc de la qualité pour recourir contre la décision litigieuse, au sens de l'art. 60 al. 1 let. b LPA.

Partant, le recours est recevable en tous points.

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

L'art. 25 LIPAD stipule que sont des documents tous les supports d'information détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique (al. 1), soit en particulier les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (al. 2). En revanche, les notes à usage personnel, les brouillons ou autres textes inachevés ainsi que les procès-verbaux encore non approuvés ne constituent pas des documents (al. 4).

En vertu de l'art. 26 al. 3 LIPAD, les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs sont exclues du droit d'accès institué par la LIPAD.

L'art. 7 al 3 RIPAD précise que sont également soustraits au droit d'accès au sens de l'article précité de la LIPAD, les notes, avis de droit, correspondances, courriels, rapports et autres écrits échangés : entre les membres du Conseil d'État, de délégations de celui-ci, du collège des secrétaires généraux ou des collèges spécialisés (let. a); entre cadres supérieurs de la fonction publique ou collaborateurs de l'entourage immédiat des conseillers d'État et du chancelier d'État, ainsi qu'entre ces cadres ou proches collaborateurs et les membres des collèges visés à la lettre a (let. b).

b. En l'espèce, il n'est pas contesté que le rapport d'inspection sollicité est un document en possession d'une institution, soit le DEAS, au sens des dispositions précitées. En revanche, le DEAS estime qu'il s'agissait d'un document interne, étant émis par le SPhC exclusivement à son attention, répondant ainsi aux critères de l'art. 7 al. 3 RIPAD. La chambre de céans ne saurait suivre ce raisonnement. En effet, le préavis favorable du SPhC, daté du 10 mai 2013, est basé sur ce rapport d'inspection. Dès lors, il ne s'agit pas de notes internes échangées, mais bien d'un rapport au sens de l'art. 25 al. 1 et 2 LIPAD, contenant des renseignements relatifs à l'octroi ou non de l'autorisation d'exploiter une pharmacie en faveur de B_____.

Par conséquent, l'accès à ce rapport d'inspection est possible.

5. Encore faut-il analyser si un intérêt privé ou public prépondérant ne s'oppose à cet accès.
- a. En effet, les documents à la communication desquels un intérêt public ou prépondérant s'oppose sont soustraits au droit d'accès institué par la LIPAD

(art. 26 al. 1 LIPAD). Tel est le cas notamment lorsque l'accès aux documents est propre à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (art. 26 al. 2 let. f LIPAD), ou à porter atteinte à la sphère privée ou familiale (art. 26 al. 2 let. g LIPAD), ou à la révélation d'informations médicales (art. 26 al. 2 let. h LIPAD), ou d'informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires (art. 26 al. 2 let. i LIPAD). Il en va de même si l'accès a pour effet de révéler des faits dont la communication donnerait à des tiers un avantage indu, notamment en mettant un concurrent en possession d'informations auxquelles il n'avait pas accès dans le cours ordinaire des choses (art. 26 al. 2 let. j LIPAD). Selon la jurisprudence de la chambre de céans, le concurrent visé par cette disposition ne constitue qu'un exemple de tiers obtenant un avantage indu. C'est la nature des informations contenues dans les documents, dont la transmission est requise, qui est déterminante (ATA/180/2009 du 7 avril 2009 consid. 5 et 6 ; ATA/134/2007 du 20 mars 2007 consid. 7b). En outre, ce qui est décisif dans l'application de la LIPAD, c'est le contenu même de l'information sollicitée et non la qualité du requérant (ATA/805/2012 du 27 novembre 2012 consid. 3e ; ATA/621/2005 du 20 septembre 2005 consid. 3c).

Selon l'art. 39 al. 9 LIPAD, la communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible, alternativement, que si : une loi ou un règlement le prévoit explicitement (let. a) ou un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose (let. b).

En vertu de l'art. 27 al. 1 LIPAD, 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 en vertu de l'art. 26 LIPAD. Les mentions à soustraire au droit d'accès doivent être caviardées de façon à ce qu'elles ne puissent être reconstituées et que le contenu informationnel du document ne s'en trouve pas déformé au point d'induire en erreur sur le sens ou la portée du document (al. 2).

b. En l'espèce, le rapport d'inspection a été rendu dans le cadre de l'instruction de la requête de B_____ en autorisation d'exploiter une pharmacie. Le DEAS n'a d'ailleurs pas vu, à juste titre, d'objection à donner accès à la recourante à l'arrêté du 13 mai 2013, qui fait état de l'existence de ce rapport.

Après analyse de celui-ci, la chambre de céans constate qu'il est principalement destiné à donner une assise à l'arrêté précité sous l'angle des critères de police, notamment de sécurité. En effet, ce document porte sur les locaux et l'équipement de la pharmacie. Il ne contient aucune information couverte par le secret médical, protégé par l'art. 320 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), ou encore par le secret des affaires ou de fabrication, l'exploitation de la pharmacie n'ayant pas encore commencé.

De plus, la communication de ce rapport à la recourante ne lui procurerait aucun avantage indu. Bien que cette dernière soit une pharmacie voisine, partant concurrente, l'accès au document sollicité ne contenant pas d'informations couvertes par le secret d'affaires ou de fabrication ne peut dès lors pas lui procurer un avantage.

S'agissant des données personnelles contenues dans le rapport d'inspection, soit uniquement les noms des futurs employés de la pharmacie ou de données touchant à la sécurité de la pharmacie, celles-ci peuvent aisément être caviardées, cela ne nécessitant pas un travail disproportionné au sens de l'art. 27 LIPAD.

Par conséquent, aucun intérêt privé ou public prépondérant, au sens de la LIPAD, ne s'oppose par principe à la communication du rapport d'inspection en faveur de la recourante.

6. Au regard de ce qui précède et de ce contexte quelque peu chicanier, le recours sera admis et la décision querellée annulée. Le DEAS devra donner accès à la recourante au rapport d'inspection du SPhC du 3 avril 2013, dûment caviardé de toutes données personnelles.
7. Vu l'issue du litige, aucun émolument ne se sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- lui sera allouée, à charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 19 novembre 2013 par A_____ contre la décision du département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé du 30 octobre 2013 ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision du département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé du 30 octobre 2013 ;

ordonne au département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé de donner accès à A_____ au rapport d'inspection du pharmacien cantonal du 3 avril 2013, dûment caviardé de toutes données personnelles ;

l'y condamne en tant que de besoin ;

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

alloue à A_____ une indemnité de procédure de CHF 1'500.-, à la charge de l'État de Genève ;

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 Olivier Wehrli, avocat de la recourante, au département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé, au préposé cantonal à la protection des données et à la transparence, ainsi qu'à B_____.

Siégeants : M. Thélin, président, M. Dumartheray, Mme Payot Zen-Ruffinen,
M. Pagan, juges et Mme Steiner Schmid, juge suppléante

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

D. Werffeli Bastianelli

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :