RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3782/2006-DIV **ATA/134/2007**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 20 mars 2007

dans la cause

Monsieur E_____
représenté par Me Olivier Wehrli, avocat

contre

T_____ S. A.
représentée par Me Charles Poncet, avocat

et

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

EN FAIT

1. Monsieur E_____ (ci-après : l'intéressé ou le recourant) exploite sous la raison individuelle G_____, E_____ (ci-après : G_____), une entreprise active dans le domaine de la radiotechnique et des installations pour la réception et la distribution des programmes de radio et de télévision. L'une de ses activités consiste à installer des antennes paraboliques privées pour la réception de programmes de télévision par satellite, programme dénommé Supermédia. Le recourant fournit également du matériel en gros en relation avec la réception de radio et télévision, comme les réseaux d'amplificateurs, des câbles coaxiaux et divers matériaux de distribution.

2. T_____ S.A. (ci-après : T_____ ou la société) est une société anonyme, plus connue sous le nom de N_____, dont le but est d'étudier, construire, exploiter, entretenir et développer en ville de Genève, et le cas échéant dans d'autres communes genevoises, une antenne collective de télévision et de radio ainsi que le réseau de distribution qui en dépend, de même que tous autres moyens de télécommunications.

   T_____ est contrôlée à 51,12 % par la ville de Genève qui dispose de la majorité au sein du conseil d'administration.

3. Par courrier du 16 mars 2006 adressé à T_____, l'intéressé a demandé copie des comptes de pertes et profits, bilans et annexes des cinq dernières années de la société. Ce courrier faisait référence à la loi sur l'information du public et l'accès aux documents du 5 octobre 2001 (LIPAD - A 2 08).

4. A l'issue d'un échange de correspondance, qui attestait d'une certaine réticence de la société à transmettre les documents requis, l'intéressé a déclaré à la société, par courrier du 25 avril 2006, que la production de ses bilans et ses comptes de pertes et profits n'était pas de nature à lui conférer un avantage concurrentiel indu. Il lui impartissait un délai de dix jours pour fournir les documents précités.

5. Par courrier du 2 mai 2006, la société a indiqué que la communication des informations demandées ne correspondait pas au but et aux objectifs de la LIPAD et qu'elle-même se trouvait en situation de concurrence avec l'intéressé. Celui-ci cherchait à obtenir par le biais de la loi des informations dont il entendait faire un usage commercial et économique pour améliorer sa position par rapport à un concurrent. En conséquence, elle refusait de produire les documents demandés.

6. Le 12 mai 2006, l'intéressé a déposé une requête de médiation au sens de l'article 32 alinéa 1 LIPAD auprès de la direction des affaires juridiques de la

Chancellerie d'Etat. Il a conclu à ce qu'il plaise à la médiatrice en matière d'information du public et d'accès aux documents (ci-après : la médiatrice) d'ordonner à T_____ de lui fournir ses comptes de pertes et profits, bilans et annexes des cinq dernières années, soit pour les exercices 2001, 2002, 2003, 2004 et 2005. A l'appui de sa demande, il indiquait qu'il désirait seulement connaître le montant des dépenses et surtout des investissements effectués par la société. Il se défendait, en revanche, de vouloir en connaître la structure des coûts, les fournisseurs et les clients.

7. Il ressort du dossier qu'en date du 22 juin 2006, la médiatrice a contacté de manière informelle les parties concernées. A la suite de cette démarche, elle a informé l'intéressé, par courrier du 26 juin 2006, que la société acceptait de lui communiquer les bilans et les comptes de pertes et profits des cinq dernières années.

8. T_____ a adressé à l'intéressé les rapports 2001 à 2005 de l'organe de révision à l'assemblée générale des actionnaires de la société par pli du 24 juillet 2006. Ces rapports comprenaient notamment les bilans et les comptes de pertes et profits.

9. Dans une lettre du 31 juillet 2006, l'intéressé a accusé réception de l'envoi mais a demandé à la société de bien vouloir lui faire parvenir les rapports de gestion ainsi que les annexes aux comptes pour les exercices 2001 à 2005 qui n'étaient pas joints au courrier déjà reçu.

10. Pensant qu'il y avait eu un oubli lors de l'envoi du 24 juillet 2006, la société a adressé un nouveau tirage des rapports 2001 à 2005 à l'intéressé, le 2 août 2006.

11. Par courrier du 4 août 2006, l'intéressé a précisé une nouvelle fois qu'il souhaitait recevoir les rapports de gestion et les annexes aux comptes pour les exercices 2001 à 2005.

12. Dans une lettre du 9 août 2006, la société a allégué que sa bonne volonté ne faisait qu'entraîner des sollicitations supplémentaires de la part de l'intéressé. Elle a indiqué avoir communiqué les informations comptables appropriées et ne pas souhaiter transmettre davantage de documents.

13. Par pli du 10 août 2006, l'intéressé a invité la médiatrice à adresser à la société une recommandation écrite portant sur la communication des annexes à ses comptes 2001 à 2005 ainsi que des rapports de gestion, au sens de l'article 32 alinéa 5 LIPAD. Il précisait qu'il avait sollicité la transmission de ces documents dès le départ.

14. Le 13 septembre 2006, dans un courrier adressé à la société, la médiatrice a récapitulé les différentes étapes des demandes de l'intéressé. Elle a pris note que les rapports de l'organe de révision comprenant les bilans et comptes de pertes et

profits pour la période de 2001 à 2005 avaient été communiqués. Elle a également relevé que l'intéressé avait souhaité un complément de documents, soit les rapports de gestion et les annexes aux comptes pour les années 2001 à 2005 et s'était heurté au refus de la société. La médiatrice a donc constaté l'échec partiel de la médiation et a invité cette dernière à rendre une décision formelle à ce sujet.

15. Par une décision du 25 septembre 2006, T_____ a refusé à l'intéressé l'accès aux annexes aux comptes pour les exercices 2001 à 2005.

Les documents fournis respectaient déjà largement le but de la LIPAD en satisfaisant amplement à l'exigence de libre formation de l'opinion. Rien ne justifiait la mise à disposition de documents supplémentaires tels que les annexes aux comptes et les rapports d'activité. Les documents mis à disposition représentant 26 pages permettaient à l'intéressé de connaître le montant des dépenses et des investissements effectués par T_____. Ni les annexes aux comptes, ni les rapports d'activité ne lui procureraient davantage de renseignements dans ces domaines. La communication de détails supplémentaires de la comptabilité de T_____ était propre à donner à l'intéressé un avantage indu par rapport aux autres acteurs économiques (installateurs électriciens) avec lesquels T_____ collaborait. Les conditions du motif de refus prévues à l'article 26 alinéa 2 lettre j LIPAD étaient ainsi remplies. Enfin, l'intéressé avait déposé des poursuites à l'encontre de T_____ ainsi que de son directeur à titre personnel. Il avait également déposé une plainte pénale pour concurrence déloyale à l'encontre de la société et de certains de ses collaborateurs. Ces éléments portaient à croire que la connaissance de renseignements supplémentaires était susceptible de mettre en péril les intérêts patrimoniaux de T_____ et attestaient le caractère chicanier de la démarche entreprise par l'intéressé.

16. Par acte du 18 octobre 2006, l'intéressé a interjeté recours à l'encontre de la décision précitée auprès du Tribunal administratif. L'accès aux documents demandés n'était pas propre à mettre en péril les intérêts patrimoniaux de l'institution concernée, et la société n'avait aucun intérêt à le refuser. De plus elle n'avait pas été en mesure d'expliquer quel avantage indu il aurait pu retirer de la consultation des documents qu'elle se refusait à lui transmettre. Enfin, faisant référence aux dispositions relatives à la tenue des comptes des sociétés anonymes, elle relevait que l'existence des documents demandés était prescrite par lesdites dispositions, il n'y avait dès lors aucun obstacle à ce qu'ils soient transmis .

17. Dans sa réponse du 28 novembre 2006, la société a repris en substance l'argumentation déjà soutenue dans la décision attaquée en concluant au rejet du recours.

S'agissant d'une procédure administrative fondée sur la LIPAD, les règles du droit civil n'étaient pas pertinentes. Les documents déjà remis, dont les rubriques étaient détaillées, permettaient de comprendre la situation financière de la société

et de satisfaire ainsi à la demande du recourant qui était de connaître les dépenses et les investissements effectués par la société pendant les cinq dernières années. En revanche, l'annexe aux comptes ne contenait pas d'éléments supplémentaires permettant de répondre aux interrogations du recourant. Pour ce qui avait trait à la pesée des intérêts en présence ainsi qu'au caractère chicanier du recourant, une procédure pénale et des poursuites avaient bel et bien été initiées par ce dernier.

18 Il résulte des documents produits par la société que le recourant lui a fait notifier deux commandements de payer de CHF 200'000.- et CHF 2'000'000.- respectivement, en février et mars 2006. Sous la rubrique "titre et date de la créance, cause de l'obligation" était noté dans le premier "dommages et intérêts ainsi que tort moral pour actes de concurrence déloyale commis le 14 juillet et 9 décembre 2004" et dans le second "préjudice subi du fait de la non mise en concurrence par la débitrice des adjudications du matériel actif de 1986 à 2005 - interruption de la prescription". Un commandement de payer de CHF 200'000.- a également été notifié au directeur général de la société.

19. Par pli du 8 décembre 2006, le tribunal de céans a demandé au recourant de lui transmettre les pièces qu'il avait reçues de la société au cours de la procédure de médiation. Celui-ci s'est exécuté par courrier du 11 décembre 2006.

20. Le Tribunal administratif, par lettre du 16 janvier 2007 a imparti à la société un délai pour produire les rapports annuels de gestion et les annexes aux bilans pour les exercices 2001, 2002, 2003, 2004 et 2005. Il était précisé que ces documents ne seraient transmis au recourant que lorsque le tribunal aurait statué sur cette question.

21. En annexe à son courrier du 15 février 2007, la société a produit les documents requis en précisant que les informations sensibles et concernées par le secret d'affaires contenues dans les rapports d'activité avaient été caviardées. Seul le courrier d'accompagnement a été transmis au recourant.

22. Par pli du 23 février 2007, le recourant a manifesté sa surprise à la vue des libertés procédurales prises par la société, le tri éventuel des pièces ou leur caviardage ressortant précisément de la mission du tribunal de céans.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 37 LIPAD ; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. A l'appui de son argumentation, le recourant invoque un certain nombre de dispositions de la loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations (CO - RS 220)) en indiquant que l'établissement des documents dont il sollicite la transmission est prescrit par celle-ci.

La procédure faisant l'objet du litige est une cause administrative où s'applique la LIPAD et non une procédure civile relevant du droit de la société anonyme ou de la reddition de comptes. En principe il faut donc écarter toute référence au CO. Celui-ci ne doit être pris en considération que dans la mesure où il définit le contenu et la nature des documents sollicités par le recourant et qu'il indique le cercle des destinataires de ces documents en instaurant une distinction entre les actionnaires et le public. Le tribunal de céans s'y référera en tant que de besoin dans la suite de l'exposé.

3. En l'espèce, la seule question litigieuse est de savoir s'il convient de transmettre au recourant les annexes aux bilans et les rapports annuels de gestion pour les exercices 2001, 2002, 2003, 2004 et 2005.

4. La LIPAD a pour but de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 1 LIPAD). En édictant cette loi, le législateur a érigé la transparence au rang de principe aux fins de renforcer tant la démocratie que le contrôle de l'administration ainsi que de valoriser l'activité étatique et favoriser la mise en oeuvre des politiques publiques (MGC 2000 45/VIII 7671ss). Il s'est notamment agi d'accroître l'intérêt des citoyens pour le fonctionnement des institutions et de les inciter à mieux s'investir dans la prise de décision démocratique (ATA/48/2003 du 21 janvier 2003, publié in SJ 2003 I 475 ; P. MAHON, Les enjeux du droit à l'information, in : L'administration transparente, Genève, Bâle, Munich 2002, p. 29). Le principe de transparence est un élément indissociable du principe démocratique et de l'Etat de droit, prévenant notamment des dysfonctionnements et assurant au citoyen une libre formation de sa volonté politique (A. FLUCKIGER, Le projet de loi sur la transparence in : L'administration transparente, op.cit. p.142).

L'introduction de la LIPAD a renversé le principe du secret de l'administration en faveur de celui de la publicité. L'administré n'a dès lors plus besoin de justifier d'un intérêt particulier pour consulter un dossier administratif, et son droit d'accès est notablement plus étendu que celui découlant du droit d'être entendu. Toutefois, l'application de la LIPAD n'est pas inconditionnelle. De plus, dans la mesure où elle est applicable, cette loi ne confère pas un droit d'accès absolu et fait l'objet d'exceptions, aux fins notamment de garantir la sphère privée des administrés et de permettre le bon fonctionnement des institutions (MGC 2000 45/VIII 7694).

5. L'article 26 LIPAD stipule que les documents à la communication desquels un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose sont soustraits au droit d'accès institué par la présente loi.

Conformément à l'article 26 alinéa 2 lettres i et j LIPAD, la communication des documents est exclue si leur accès est propre à révéler des informations couvertes par des secrets professionnels notamment et à révéler d'autres faits dont la communication donnerait à des tiers un avantage indu, notamment en mettant un concurrent en possession d'informations auxquelles il n'aurait pas accès dans le cours ordinaire des choses.

6. L'exception tirée des différents secrets institués par la législation représente en réalité un cas particulier d'exceptions justifiées par la protection de la sphère privée. Il apparaît néanmoins utile de faire une mention explicite des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, ainsi que, comme cela a été réclamé de plusieurs parts au cours de la procédure de consultation, du secret fiscal. Les institutions jouent un rôle important dans l'économie locale, en particulier par les commandes qu'elles passent et les travaux qu'elles adjugent. Les entrepreneurs ou autres fournisseurs de prestations entrant en contact avec elles doivent admettre d'emblée d'agir dans la transparence. Il importe néanmoins que de telles relations ne les mettent pas dans une situation d'infériorité par rapport à des concurrents en mettant ces derniers au bénéfice d'informations normalement confidentielles (MGC 2000 45/VIII 7698).

7. A la lumière des considérations qui précèdent, il convient ici d'établir une distinction entre les documents demandés.

a. L'annexe, visée par l'article 663b CO, est un document qui permet d'éviter une présentation trop détaillée du compte de profits et pertes et du bilan. Elle doit contenir les indications légales minimales.[…] Outre les indications minimales obligatoires, il est nécessaire de fournir aux utilisateurs un certain nombre de commentaires qui porteront notamment sur les méthodes d'évaluation, sur le détail de certaines rubriques trop globales et sur les engagements hors bilan. Ces commentaires seront présentés dans l'annexe.[…] L'annexe ne peut contenir que des informations complémentaires et des faits vérifiables. Elle ne saurait être le lieu de commentaires, d'évaluation et d'appréciation des chiffres qui peuvent, eux, être intégrés dans le rapport annuel. (P. Montavon, Droit suisse de la SA, 3^{e} édition, Lausanne 2004, p.282).

Le recourant a obtenu tant les bilans que les comptes de pertes et profits relatifs aux années 2001 à 2005. Dans la mesure où l'annexe aux comptes est destinée à clarifier des notions déjà exposées dans ces documents et qu'elle ne contient pas de commentaires particuliers, il n'y a aucune raison de ne pas lui transmettre ces documents. En l'espèce, les annexes aux comptes correspondent à la définition donnée ci-dessus et ne comportent que des éléments figurant dans les

documents déjà remis au recourant. La transmission des annexes aux comptes pour les exercices 2001, 2002, 2003, 2004 et 2005 sera ainsi ordonnée.

b. Le rapport annuel est défini à l'article 663d CO […]. Il est rédigé par le conseil d'administration à l'attention des actionnaires, en vue de leur donner une meilleure compréhension des comptes annuels. Il expose la marche des affaires ainsi que la situation économique et financière de la société. […] Outre le contenu minimum exigé par l'art. 663d CO, le rapport annuel peut contenir toutes les informations utiles ou même simplement intéressantes concernant l'exercice écoulé et les prévisions de bénéfices ou de pertes (P. MONTAVON, op.cit. p. 276-277).

Il est intéressant de noter qu'au regard du droit de la société anonyme (article 697h CO) seuls les comptes annuels et les comptes de groupe accompagnés des rapports des réviseurs sont rendus publics si la société est débitrice d'un emprunt par obligations ou si ses actions sont cotées en bourse. Pour les autres sociétés anonymes, les mêmes documents sont accessibles aux créanciers qui ont un intérêt digne de protection. C'est dire que même dans ces hypothèses, il n'y a pas de transmission aux tiers du rapport annuel de gestion établi par le conseil d'administration.

Les rapports fournis au tribunal de céans sont des documents détaillés qui comportent des informations sur la structure et les stratégies de la société, les offres proposées, des détails sur son exploitation commerciale et la progression des raccordements au réseau notamment. Ces rapports sont destinés aux actionnaires de la société uniquement.

L'article 26 alinéa 2 lettre j LIPAD prévoit que sont soustraits à la communication les documents dont l'accès est propre à révéler d'autres faits qui donneraient à des tiers un avantage indu, notamment en mettant un concurrent en possession d'informations auxquelles il n'aurait pas accès dans le cours ordinaire des choses.

La société perdant la maîtrise du cercle des destinataires qui peuvent avoir accès aux informations contenues dans les documents dès lors qu'elle les communique à un tiers, il suffit que celles-ci soient de nature à lui procurer un avantage indu et qu'il ne puisse pas en avoir connaissance dans le cours ordinaire des choses, pour que leur communication ne soit pas ordonnée. Peu importe à cet égard que le recourant soit un concurrent direct et qu'il soit en litige avec la société, comme dans le cas d'espèce. Le concurrent visé par l'article 26 alinéa 2 lettre j LIPAD ne constitue qu'un exemple de tiers obtenant un avantage indu. En d'autre termes, c'est la nature des informations contenues dans les documents dont la transmission est requise qui est déterminante. In casu, l'on est en présence de rapports qui traitent en détail de l'organisation de la société et de ses stratégies

commerciales. S'agissant de rapports annuels de gestion, ce sont des documents destinés aux actionnaires, auxquels le recourant n'aurait habituellement pas accès.

Tant l'intérêt privé de la société à ne pas devoir divulguer des informations internes à un tiers voire un concurrent que celui, public à ce que les sociétés de droit privé détenues majoritairement par une des institutions visées à l'article 2 LIPAD ne soient pas mises en position d'infériorité commerciale face aux entités entièrement privées, l'emporte sur l'intérêt privé du recourant, qui, soit dit en passant au vu du contexte, n'a plus grand-chose à voir avec le but de transparence poursuivi par la LIPAD.

Au vu de ce qui précède, la communication des rapports d'activité afférents aux années 2001 à 2005 ne saurait être exigée par le recourant.

8. Il convient encore d'examiner si un accès partiel aux documents précités peut être néanmoins autorisé.

Conformément à l'article 27 alinéa 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'article 26. 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 (art. 27 al. 2 LIPAD). La décision de donner un accès total, partiel ou différé à un document peut être assortie de charges lorsque cela permet de sauvegarder suffisamment les intérêts que l'article 26 commande de protéger (art. 27 al. 4 LIPAD).

Il appartient au Tribunal administratif de déterminer quels sont les passages susceptibles d'être caviardés. A cet égard, il n'a pas échappé au tribunal de céans que la société a produit des documents tronqués. Il rappelle à cette dernière qu'il aurait pu lui ordonner la production desdits documents dans leur intégralité, sans caviardage, en vertu de l'article 37 alinéa 4 LIPAD. In casu cette mesure ne s'est pas imposée tant au vu de la brièveté des passages occultés qui a permis malgré tout au tribunal de procéder à une lecture satisfaisante, qu'en considération de la solution du litige.

Les documents précités contiennent une foule de renseignements tant financiers que structurels et stratégiques sur la société. Le Tribunal administratif considère, qu'il lui serait particulièrement difficile de déterminer de manière exhaustive les éléments susceptibles de donner à un tiers des avantages indus. Par ailleurs les documents, caviardés de la sorte, deviendraient incompréhensibles et dépourvus de tout sens.

Pour toutes ces raisons, force est de conclure qu'il n'y a pas lieu de permettre un accès, même partiel, aux rapports annuels de gestion pour les exercices 2001, 2002, 2003, 2004 et 2005.

9. Le recours est admis partiellement en ce sens que la société devra permettre au recourant l'accès aux annexes aux bilans pour les exercices 2001, 2002, 2003, 2004 et 2005. Il est rejeté pour le surplus.

Au terme de l'article 37 alinéa 5 LIPAD, la procédure est gratuite. Aussi, il ne sera pas perçu d'émolument ni alloué d'indemnité.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 18 octobre 2006 par Monsieur E_____ contre la décision de T_____ SA du 25 septembre 2006 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

dit que M. E_____ doit avoir accès aux annexes aux bilans pour les exercices 2001, 2002, 2003, 2004 et 2005 ;

le rejette pour le surplus ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ni alloué d'indemnité ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 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 du recourant, à Me Charles Poncet, avocat de T_____ SA ainsi qu'à la médiatrice en matière d'information du public et d'accès aux documents.

Siégeants : Mme Bovy, présidente M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. a.i. :	la vice- présidente :
P. Pensa	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le	la greffière :