



réf : R 2010_000/00.00.10/auteur

RECOMMANDATION du 9 juillet 2012 en l'affaire Ville de Genève c/ T.

Par courriel du 7 mai 2012, T. (ci-après le requérant) a sollicité l'accès au document « convention d'actionnaires concernant la société 022 Télégenève/Naxoo » auprès de la Ville de Genève (ci-après l'institution), qui l'a refusé en date du 9 mai 2012, faisant valoir que les parties avaient souhaité garder la convention confidentielle de sorte qu'elle n'était pas accessible en application de l'article 26 al. 1 de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données (ci-après LIPAD), les exceptions prévues par l'art. 26 al. 2 let. b, c, i et j étant à première vue applicables.

Le 14 mai 2012, le requérant a déposé une demande de médiation, en application de l'art. 30 LIPAD.

En date du 12 juin 2012, la préposée suppléante a constaté que la médiation n'avait pas abouti. Les parties ont convenu que la recommandation devait porter sur le caractère public ou non du document.

Le 14 juin 2012, la préposée a sollicité de l'institution de pouvoir prendre connaissance du document litigieux, en toute confidentialité. La convention lui a été remise par pli postal confidentiel le 19 juin, reçu le 25 juin 2012.

Dispositions légales

Aux termes de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (ci-après LIPAD), toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi. L'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 1 et 2 LIPAD).

Au sens de la loi, les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique. Sont notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions. 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. 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 loi (art. 25 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. 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. Lorsque l'obstacle à la communication d'un document a un caractère temporaire, l'accès au document doit être différé jusqu'au terme susceptible d'être précisé plutôt que simplement refusé. 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 à protéger (art. 27 LIPAD).

L'art. 26 LIPAD prévoit les exceptions suivantes à l'accès aux documents :

¹ « 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.

² Tel est le cas, notamment, lorsque l'accès aux documents est propre à :

- a) mettre en péril la sécurité de l'Etat, la sécurité publique, les relations internationales de la Suisse ou les relations confédérales;
- b) mettre en péril les intérêts patrimoniaux légitimes ou les droits immatériels d'une institution;
- c) entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution;
- d) compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi;
- e) rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives;
- f) rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers;
- g) porter atteinte à la sphère privée ou familiale;
- h) révéler des informations sur l'état de santé d'une personne;
- i) révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique;
- j) 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;
- k) révéler l'objet ou le résultat de recherches scientifiques en cours ou en voie de publication;
- l) révéler des délibérations et votes intervenus à huis clos ou compromettre les intérêts ayant justifié le huis clos d'une séance.

³ 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 présente loi.

⁴ Sont également exclus du droit d'accès les documents à la communication desquels le droit fédéral ou une loi cantonale fait obstacle.

⁵ L'institution peut refuser de donner suite à une demande d'accès à un document dont la satisfaction entraînerait un travail manifestement disproportionné ».

Considérations générales

1. La convention litigieuse est une « convention d'actionnaires entre la Ville de Genève et Cablecom Sàrl, et, pour les dispositions qui la concernent, 022 Télégénève SA », signée le 28 août 2006.

Elle comporte dix-neuf articles intitulés : définitions, objectifs et principes, business plan et budgets, transferts d'actions, assemblée générale, conseil d'administration, direction, organe de révision, politique de dividendes, principes comptables, informations aux actionnaires, mesures de redressement en cas de difficultés économiques ou financières, relations avec Cablecom, confidentialité/annonces au public, durée/résiliation/modifications, conditions suspensives, notifications, dispositions diverses, et droits applicables et for. Elle comporte 10 annexes — dont la préposée n'a pas eu connaissance mais quelle n'a pas requis formellement. L'article 14.1, intitulé « confidentialité », doit être dévoilé ici puisqu'il est invoqué principalement comme motif au refus du droit d'accès. Il prévoit ce qui suit :

« Les parties s'engagent à préserver la confidentialité du contenu de la présente convention, sous réserve d'une éventuelle obligation de révélation qui pourrait être imposée par des normes légales applicables ou par le processus politique d'approbation de la conclusion de la présente convention par la Ville, étant précisé qu'en cas d'obligation de révélation les parties s'efforceraient de ne révéler que les éléments qui doivent être communiqués en respectant le principe de proportionnalité ». Sa portée sera examinée plus loin.

Le conseiller administratif Manuel Tornare, également président de 022 Télégenève SA a communiqué au Conseil municipal, lors de sa séance du 13 septembre 2006, les informations suivantes à propos de la convention signée (voir le Mémorial n°12, p. 1297 à 1303, annexé à la présente recommandation) :

« (...) Parmi les objectifs qui ont guidé les discussions sur ce projet, quatre sont à mentionner tout particulièrement.

Il s'agit premièrement du maintien absolu de la majorité de la Ville de Genève dans Naxoo/022 Télégenève SA. Deuxièmement, il faut prévoir un prix fixe et une structure de financement viable à long terme pour Naxoo et la Ville de Genève, (...) troisièmement, nous voulons assurer une rénovation aussi rapide que possible du réseau en vue de permettre la fourniture de services du triple *play* – téléphone, internet et télévisuel – aux habitants de la Ville de Genève. Le quatrième objectif consiste à poser les bases d'une éventuelle fédération des réseaux câblés du canton de Genève. (...) Quant aux contraintes extérieures auxquelles la Ville de Genève et la société Naxoo se sont trouvées confrontées dans le cadre des négociations, elles comprenaient notamment les éléments suivants. D'abord, l'impossibilité de demander à la Ville de Genève d'injecter des fonds dans l'opération, que ce soit pour racheter les actions de la Banque cantonale de Genève (BCGe) et des Services industriels de Genève (SIG), ou pour financer les travaux de modernisation. Ensuite, la nécessité de prendre en compte le fait que près de 25% du capital allaient de toute façon changer de mains dans le cadre de l'opération, à la suite de la décision prise, à la fin du mois de juin 2006, par la BCGe et les SIG de céder leurs actions. Là, c'est leur possibilité et leur droit le plus strict. La BCGe comme l'Union de banques suisses (UBS) avaient été, en 1986, sur les fonds baptismaux de cette société Télégenève SA, (...). Or ces deux banques, jugeant que là n'était plus leur métier de base, ont décidé de se retirer. Enfin, un délai de préemption de soixante jours oblige les parties à conclure tous les contrats avant la fin du mois d'août, sous peine de voir les actions de la BCGe et des SIG rachetées par l'autre groupe intéressé – ce groupe franco-suisse dont je vous avais parlé. Je vais maintenant vous résumer les principaux développements intervenus en rapport avec ces objectifs et ces contraintes. D'abord, comme certains d'entre vous le savent certainement, Cablecom exigeait initialement de prendre la majorité dans le capital de notre société Naxoo/022 Télégenève SA avant d'accepter de participer au projet. (...) Le résultat des négociations est ainsi clairement favorable à la Ville de Genève, puisqu'elle conserve la majorité dans le capital de Naxoo et qu'aucun mécanisme – emprunt convertible, augmentation de capital non approuvée par la Ville de Genève ou un autre instrument – ne permettra à Cablecom de prendre la majorité du capital de Naxoo. (...) Les négociations du contrat d'entreprise concernant les travaux de modernisation du réseau ont donc permis de garantir à la société un prix fixe, avec une majoration possible de moins de 10% en cas d'imprévus sur les travaux de génie civil et le maintien d'une marge fixe pour Cablecom. Nous avons donc ces garanties-là. Il y a aussi une pénalisation en cas de retard des travaux, car j'ai demandé à Cablecom, en ma qualité de président du conseil d'administration et en son nom, que ces travaux soient réalisés en dix-huit mois. Par conséquent, dix-huit mois après la signature définitive du contrat, en octobre, tous les foyers de la ville de Genève reliés au télé-réseau Naxoo/022 Télégenève SA pourront demander le triple *play*. (...) De plus, Cablecom prendra en charge les coûts importants de la modernisation des montées d'immeubles au moyen d'un arrangement dit «Service plus», appliqué déjà avec succès dans d'autres villes. Il évitera à la société ou à la Ville de Genève de devoir injecter des fonds pour cette partie du projet, alors que les montées d'immeubles ne font pas partie du réseau lui-même et restent de toute façon en mains des propriétaires. (...) A propos du mode de financement de ce projet, l'exercice délicat a consisté à trouver une structure de financement qui laisse suffisamment de marge de manoeuvre à Naxoo, et cela à des conditions avantageuses. (...) Le résultat de ces négociations est qu'une partie des fonds proviennent de la vente des actions propres détenues par Naxoo et une autre d'un financement bancaire. Le solde est autofinancé par la société Naxoo elle-même. (...) L'ensemble des négociations en rapport avec cette structure de financement a permis d'atteindre un résultat qui pose les bases nécessaires à la pérennité de Naxoo et aux intérêts financiers de la Ville de Genève (...) En cas de retard dans les travaux, les pénalités s'élèveront à plusieurs centaines de milliers de francs, voire à plus de 1 million de francs. Compte tenu de l'ampleur de la tâche, ces délais extrêmement rapides sont pleinement satisfaisants. Il nous semblait utile de prévoir, dans le cadre de nos accords avec Cablecom, la possibilité d'une ouverture future à une fédération des télé-réseaux genevois. Celle-ci commencerait par une fédération entre le réseau de 022 Télégenève SA en ville de Genève et les réseaux similaires de Lancy, Onex, Carouge, Meyrin et Pregny-

Chambésy, détenus eux aussi à 51% par les collectivités publiques et à 49% par Cablecom. (...) Aujourd'hui, les contrats nécessaires au démarrage du projet ont été signés. Ces contrats sont soumis à la réalisation de quelques conditions suspensives, dont l'une – le feu vert de l'Office fédéral de la communication (OFCOM) au transfert des actions – est entre les mains de tiers (...). Du point de vue de Naxoo, il y a une phase intermédiaire – jusqu'à la prochaine assemblée générale, soit d'ici à juin 2007 – au cours de laquelle le mode de fonctionnement de la société ne subira pas de modifications majeures. Le conseil d'administration actuellement en place continuera d'exercer ses fonctions, de même que le conseil de direction, qui accueillera deux représentants de Cablecom, un avec le droit de vote, l'autre avec voix consultative. Au terme de la législature, soit lors de l'assemblée générale de juin 2007, la nouvelle organisation de Naxoo sera mise en place. Si le Conseil municipal l'accepte, il s'agira de passer à un conseil d'administration réduit et plus « professionnel ». Le nombre de membres est encore à définir – sept, neuf ou onze (...) avec, dans chaque hypothèse, une majorité désignée par la Ville de Genève. Nous mettrons également en place une structure de gestion reposant sur cinq directeurs opérationnels dans la société ».

Il n'est pas litigieux, ni par ailleurs contestable, que la convention est un document en possession d'une institution, au sens de la loi. Par ailleurs, il ne s'agit pas de notes échangées au sein d'une autorité, ni d'un document dont l'accès serait exclu par le droit fédéral ou une loi cantonale, et sa communication n'entraînerait pas un travail manifestement disproportionné (art. 26 al. 3, 4 et 5 LIPAD).

2. Son accès est donc garanti, à moins qu'un intérêt privé ou public prépondérant ne s'y oppose. L'art. 26 al. 2 LIPAD énumère douze circonstances pouvant justifier le refus de communication au nom d'un tel intérêt prépondérant. Cette énumération n'est pas exhaustive mais correspond, cela étant, aux exceptions qui « constituent des clauses de sauvegarde suffisante pour les informations qui ne doivent pas être portées à la connaissance du public » (cf. PL 8356, commentaire *ad* art. 24).

Il y a lieu, dès lors, d'examiner dans quelle mesure l'une des douze hypothèses serait réalisée en l'espèce.

On peut d'ores et déjà exclure la mise en péril de la sécurité de l'État (let. a), des circonstances liées à l'existence d'une procédure judiciaire ou administrative et d'éventuelles enquêtes (let. d et e), des restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers ou la révélation d'informations médicales (let. f et h), ainsi que la révélation de résultats de recherches scientifiques ou de délibérations et votes intervenus à huis clos (let. k et l), qui n'ont pas de pertinence ici, et ne sont par ailleurs pas invoquées par la Ville de Genève.

Parmi les exceptions citées par cette dernière, on peut également exclure que l'accès au document entrave notablement le processus décisionnel ou la position de négociation de l'institution (let. c). Certes, il est de notoriété publique que la Ville de Genève discute actuellement de la possibilité de vendre la société 022 Télégenève – plus connue sous la marque Naxoo. Mais on ne voit pas en quoi la communication du texte de la convention entraverait le processus décisionnel ou sa position de négociation. Au contraire, la connaissance de ce texte – en tout ou partie, ce qui reste à déterminer (voir ci-dessous) – paraît indispensable aux élus et utile aux journalistes, par exemple, et de nature à « favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique » (art. 1 al. 2 let. a LIPAD).

De même, il y a lieu d'écarter le risque que l'accès au document révèle des 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 (let. j). En effet, non seulement une bonne partie des éléments de fait est déjà publique, par le biais du Mémorial du Conseil municipal comme par celui des articles de journaux parus sur le sujet, mais encore il est peu probable qu'un concurrent entre ainsi en possession d'informations non publiques : tout d'abord parce que la convention prévoit un droit de préemption réciproque entre les parties (ce que la presse a dévoilé ; voir notamment article du journal *Le Courrier* du 4 juin 2012) et ensuite parce qu'un acheteur potentiel pourrait ob-

tenir ces informations dans le cadre des négociations, en application du principe de la bonne foi en affaires.

Reste à examiner si le droit d'accès est propre à mettre en péril les intérêts patrimoniaux légitimes ou les droits immatériels de l'institution (let. b), porter atteinte à la sphère privée ou familiale (let. g) ou révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique (let. i).

Pour que l'accès à la convention soit refusé, il faudrait que celle-ci contienne des informations dont la *révélation* serait de nature à porter atteinte aux intérêts susmentionnés. À ce sujet, il convient de rappeler que la publication d'un document sur Internet rend celui-ci accessible au sens de la loi fédérale sur la transparence (cf. « Loi sur la transparence : guide pour l'appréciation des demandes et check-list », Office fédéral de la justice). Or, si la convention n'a certes pas été publiée sur Internet, force est de constater que les informations principales qu'elle recèle l'ont été, par le biais du Mémorial du Conseil municipal et des différents articles publiés dans les journaux de la place. Il apparaît, en l'occurrence, que la convention elle-même ne révèle rien de plus qui soit de nature à porter atteinte aux intérêts patrimoniaux de la Ville de Genève, ou à la sphère privée des parties, ou à dévoiler des secrets dont la protection s'impose. À ce propos, on peut constater que la clause de confidentialité n'empêche pas l'accès au document puisqu'elle réserve précisément – et à juste titre – une éventuelle obligation légale de révélation. C'est en l'occurrence par le biais de l'article 26 LIPAD que l'on détermine si la communication doit se faire ou non. En l'espèce, le droit d'accès à la convention doit être accordé.

Reste à examiner ce qu'il en est des annexes à la convention. On comprend à la lecture de celle-ci qu'elles consistent en un « business plan », document présentant les projections hypothèse concernant le développement envisagé des affaires pour la période 2007-2011 (annexe 1), le budget 2007 approuvé par le conseil d'administration (2), le contrat d'entreprise relatif à la réalisation d'une modernisation du réseau (3), les statuts modifiés de la société 022 Télégenève (4), le nouveau règlement d'organisation adopté par le conseil d'administration (5), un règlement d'organisation pour la période transitoire (6), les contrats de services concernant la téléphonie et Internet, conclus entre la société et Cablecom (7), le contrat concernant le câblage intérieur des immeubles entre les mêmes parties (8), les contrats de signal TV fournis par la société aux réseaux de Cablecom dans le canton (9), et le contrat portant sur l'acquisition par Cablecom des actions détenues par la société (10).

S'il est difficile de déterminer le degré d'intérêt que revêtent ces annexes pour le public, il est en tout cas clair aux yeux de la préposée qu'elles doivent être accessibles au même titre que la convention, dans la mesure où l'une des parties est une institution publique, la Ville de Genève, agissant pour le bien de ses usagers, au moyen des deniers publics. C'est sous réserve d'un éventuel caviardage par l'institution d'éléments n'apportant rien à titre informationnel mais faisant l'objet d'une des exceptions prévues à l'article 26 LIPAD.

RECOMMANDATION

Vu ce qui précède, la préposée recommande à la Ville de Genève de donner accès, au sens de l'art. 24 al. 2 LIPAD, à T., à la « convention d'actionnaires entre la Ville de Genève et Cablecom Sàrl, et, pour les dispositions qui la concernent, 022 Télégenève SA », annexes comprises.

Elle l'invite à rendre sa décision dans les dix jours à réception de la présente.

Isabelle Dubois
Préposée

- annexe: - ment.