Accès aux documents (art. 24 ss LIPAD): M. B., avocat, au nom de Mme A., contre Pouvoir judiciaire

Recommandation du 31 octobre 2016

I. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence constate:

1. Par lettre recommandée du 12 juillet 2016, Me B., avocat au sein de l'Etude [redacted], agissant pour le compte de Mme O., a adressé au Préposé cantonal une requête en médiation selon l'art. 30 LIPAD.

2. Il expliquait avoir demandé, par courrier du 1er juillet 2016 adressé au Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant, la consultation du dossier de M. R. Ce dernier, décédé le 20 novembre 2015, avait fait l'objet d'une mesure de protection. Mme A. avait travaillé pour lui en qualité d'employée domestique. Selon elle, son activité, l'importance de celle-ci et son salaire payé devaient figurer dans ce dossier, notamment dans le procès-verbal tenu par le Tribunal, dans les rapports du curateur et dans les pièces annexées au rapport.

3. En date du 7 juillet 2016, M. Henri Leu, Président de la 1ère chambre du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant a refusé à Me B. lui accorder l'accès au dossier de M. R. Selon lui, l'art. 451 CC n'autorise pas la divulgation des informations souhaitées. A toutes fins utiles, il était précisé que le plenum des juges du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant a délié l'ancienne curatrice, Mme S., de son obligation de garder le secret dans le cadre du litige avec Mme A.

4. Dans son courrier du 12 juillet 2016, Me B. précise que l'accès au dossier querellé permettrait à sa mandante de prouver des faits essentiels dans le cadre d'une demande en paiement qu'elle s'apprête à déposer auprès du Tribunal des prud'hommes à l'encontre de l'héritier de M. R. La cause a fait l'objet d'une audience non conciliée le 3 mai 2016. Enfin, l'avocat indique que *"la levée du secret de fonction de l'ancienne curatrice n'est pas pertinente car les données ne sont pas entre ses mains"*.

5. Le secrétariat du Préposé cantonal a pris contact avec les parties en vue de fixer une rencontre de médiation.

6. Elle n'a pas pu présentement être organisée, le représentant du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant n'ayant précisément pas souhaité y participer.

7. En effet, par courrier du 9 août 2016 adressé au Préposé cantonal, M. Henri Leu a fait savoir qu'il contestait formellement l'application de la LIPAD, eu égard à son art. 3 al. 3 litt. b.

8. Il écrit notamment:

   - *"En l'occurrence, le droit fédéral, auquel le droit cantonal ne saurait déroger, soumet expressément les autorités de protection de l'adulte au secret (art. 451 al. 1 CC), étant relevé que Madame A. ne saurait se prévaloir d'un quelconque intérêt prépondérant permettant une dérogation à ce principe.*
   - *Cela étant et dans un souci permanent de la juridiction de ne pas voir les mesures de protection faire inutilement obstacle aux droits de tiers, le plenum*

des juges du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant, par décision du 26 avril 2016, a délié Madame S., curatrice de feu Monsieur R., de son obligation de garder le secret, afin qu'elle puisse être auditionné en qualité de témoin dans le cadre d'une éventuelle action qu'introduirait Madame A.

- *A cet égard, il est pour le moins surprenant que Maître B. prétende que la curatrice n'a plus les données en ses mains, le délai de conservation de celles-ci n'étant manifestement pas échu".*

9. La médiation constitue un processus informel nécessitant l'adhésion des deux parties. Etant donné qu'elle a été refusée par l'institution publique concernée, le Préposé cantonal a directement procédé à la rédaction de la présente recommandation.

II. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence observe en droit:

10. En édictant la LIPAD, entrée en vigueur le 1er mars 2002, le législateur a érigé la transparence au rang de principe aux fins de renforcer tant la démocratie que le contrôle de l'administration, valoriser l'activité étatique et favoriser la mise en œuvre des politiques publiques (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII 7671 ss).

11. Ainsi, s'agissant de son volet relatif à l'accès aux documents en mains des institutions publiques, la LIPAD a pour *"but de favoriser la libre information de l'opinion et la participation à la vie publique"* (art. 1 al. 2 litt. a LIPAD).

12. L'adoption de la LIPAD, a renversé le principe du secret de l'administration pour faire primer celui de la publicité. L'administré n'a depuis lors plus besoin de justifier d'un intérêt particulier pour consulter des documents et son droit d'accès est plus étendu que celui découlant du droit d'être entendu.

13. Le principe de transparence est inscrit à l'art. 18 LIPAD dont le contenu est le suivant:

    "1 Les institutions communiquent spontanément au public les informations qui sont de nature à l'intéresser, à moins qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose.
    2 L'information doit être donnée de manière exacte, complète, claire et rapide.
    3 Les institutions informent par des moyens appropriés à leurs ressources et à l'importance des informations à diffuser. Dans toute la mesure du possible, elles utilisent les technologies modernes de diffusion de l'information."

14. En ce qui concerne plus particulièrement le pouvoir judiciaire, la LIPAD ajoute à son art. 20 al. 4 LIPAD: *"les arrêts et décisions définitifs et exécutoires des juridictions de jugement, du conseil supérieur de la magistrature et des autres autorités judiciaires doivent être accessibles au public auprès d'un service central dépendant du pouvoir judiciaire ou du greffe des institutions dont ils émanent, dans une version ne permettant pas de connaître les données personnelles des parties et des tiers qui y sont mentionnés. Le caviardage de ces données n'est pas nécessaire s'il ne répond, dans l'immédiat ou à terme, à aucun intérêt digne de protection".*

15. L'art. 20 al. 5 stipule par ailleurs: *"Les arrêts et décisions des juridictions de jugement, du conseil supérieur de la magistrature et des autres autorités judiciaires sont publiés sous une forme appropriée respectueuse des intérêts légitimes des parties, si et dans la mesure où la discussion et le développement de la jurisprudence le requièrent".*

16. Comme le soulignent les travaux du Grand Conseil relatif à l'examen du projet de loi sur l'information du public et l'accès aux documents, les deux alinéas ci-dessus ont chacun leur rôle respectif:

    - L'al. 4 concerne l'accessibilité généralisée à toute décision et arrêt définitif et exécutoire émanant du pouvoir judiciaire dans une perspective de transparence et vise l'information du public en général. Cette accessibilité à la jurisprudence ne peut être limitée que pour des motifs d'intérêt public ou privé prépondérants, pour autant que ces derniers ne puissent pas être protégés par un caviardage masquant les éléments nécessitant cette protection (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000/X 7688; 2001/VII 9693-9694).

    - L'al. 5 concerne la publication de la jurisprudence à des fins scientifiques. Elle doit intervenir dans la mesure de l'utile, davantage que jusqu'à présent (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000/X 7688). Celle-ci vise le public plus ciblé des professions juridiques, mais elle n'est pas destinée exclusivement à ces derniers. Le travail de sélection de cette jurisprudence est du seul ressort de l'institution concernée (Mémorial du Grand Conseil genevois 2001/VII 9693).

17. Selon l'art. 24 al. 1 LIPAD, toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la LIPAD.

18. L'accès aux documents comprend la consultation sur place et l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 2 LIPAD).

19. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD).

20. Les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution publique 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. 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).

21. 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 (art. 27 al. 1 et 2 LIPAD).

22. Le principe de transparence n'est pas absolu. L'accès aux documents est restreint par différentes exceptions s'il existe un intérêt prépondérant au maintien du secret prévu à l'art. 26 LIPAD.

23. En outre, l'art. 3 al. 5 LIPAD réserve expressément l'application du droit fédéral.

24. En 2008, la LIPAD a fait l'objet d'une révision importante: la protection des données personnelles a été ajoutée au volet transparence. De la sorte, un autre objectif figure désormais dans le texte: protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant (art. 1 al. 2 litt. b).

25. Le droit d'accès aux données personnelles institué par l'art. 44 al. 1 LIPAD traite de la possibilité pour une personne de demander au responsable de l'institution publique requise si des données la concernant sont traitées et, le cas échéant, que soient communiquées: "*a) toutes les données la concernant contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données; b) sur demande, les informations relatives au fichier considéré contenues dans le catalogue des fichiers*" (art. 44 al. 2 LIPAD).

26. A la forme, l'art. 45 LIPAD prévoit que "*la communication de ces données et informations doit être faite sous une forme intelligible et, en règle générale, par écrit et gratuitement*".

27. Des restrictions au droit d'accès aux données personnelles sont possibles si les conditions de l'art. 46 sont réalisées. Dans toute la mesure du possible, il faut en principe préférer un accès partiel à un refus (art. 46 al. 2 LIPAD).

28. Par données personnelles, il faut entendre "*toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable*" (art. 4 litt. a LIPAD). Les données personnelles sensibles sont celles qui concernent: "*1° les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques, syndicales ou culturelles, 2° la santé, la sphère intime ou l'appartenance ethnique, 3° des mesures d'aide sociale, 4° des poursuites ou sanctions pénales ou administratives*" (art. 4 litt. b LIPAD).

29. A teneur de l'art. 3 al. 3 litt. b LIPAD, "*Le traitement de données personnelles par les institutions publiques n'est pas soumis à la présente loi lorsqu'il: b) est effectué par le Conseil supérieur de la magistrature, les juridictions et les autres autorités judiciaires en application des lois de procédure pénale, civile, administrative ou d'entraide judiciaire ou d'autres lois régissant leurs activités, aux fins de trancher les causes dont ils sont ou ont été saisis ou de remplir les tâches de surveillance dont ils sont ou ont été investis, sous réserve de l'article 39, alinéa 3*".

30. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).

31. La recommandation doit être rédigée dans le respect des institutions et de la personnalité des personnes et institutions concernées (art. 10 al. 11 RIPAD).

III. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence considère:

32. La LIPAD est applicable au secteur public cantonal et communal ainsi qu'aux institutions publiques cantonales, communales et intercommunales.

33. Le pouvoir judiciaire est expressément mentionné dans le champ d'application de la loi à l'art. 3 al. 1 litt. a LIPAD. Le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant relève du pouvoir judiciaire (art. 1 litt. d de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010, LOJ, E 2 05).

34. Le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (anciennement Tribunal tutélaire jusqu'au 31.12.2012) exerce les compétences que le code civil suisse (art. 440 ss) attribue à l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant (autorité chargée de protéger les adultes incapables de discernement en leur nommant un mandataire et/ou en le contrôlant), ainsi qu'à l'autorité tenue de prendre les mesures nécessaires pour assurer la dévolution successorale (art. 105 LOJ).

35. La présente requête vise l'accès à un dossier d'une personne, soumise avant son décès, à une mesure de curatelle en mains du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant.

36. Le Préposé cantonal relève en premier lieu que les dispositions de la LIPAD concernant expressément le Pouvoir judiciaire s'agissant de la transparence (art. 20 al. 4 et 5) ne trouvent pas application dans le présent cas.

37. Il s'étonne ensuite de la démarche suivie par le conseil de Madame A., laquelle n'a pas de rapport avec le but poursuivi par l'art. 1 al. 2 litt. a LIPAD, à savoir favoriser la libre information de l'opinion et la participation à la vie publique. Il rappelle à ce propos: "*La transparence des activités étatiques et para-étatiques visée par la LIPAD a pour finalité de favoriser la libre formation de l'opinion publique et la participation des citoyens à la vie publique. En raison de l'importance que les collectivités publiques ont prises dans la vie moderne, une transparence accrue dans leur fonctionnement est de nature à permettre une meilleure formation de l'opinion publique. Elle est propre également à renforcer l'intérêt des citoyens pour le fonctionnement des institutions et à les inciter à mieux s'investir dans la prise des décisions démocratiques. Dans une démocratie semi-directe, qui appelle fréquemment les citoyens aux urnes sur les sujets les plus variés, la recherche d'une participation accrue grâce à une opinion publique librement formée présente un intérêt majeur*". (https://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/540311/45/540311_45_partie41.asp)

38. La transparence a pour vocation de favoriser le public afin de garantir la libre formation de son opinion. Or force est de constater que la présente requête ne cadre pas avec cette finalité. En effet, comme le précise le requérant dans son courrier du 12 juillet 2016, l'accès au dossier querellé permettrait à sa mandante de prouver des faits essentiels dans le cadre d'une demande en paiement qu'elle s'apprête à déposer auprès du Tribunal des prud'hommes à l'encontre de l'héritier de M. R.

39. Certes, dans la pratique, le Préposé cantonal note que la distinction entre une demande d'accès aux documents fondée sur la transparence et une requête d'accès à des données personnelles propres n'est pas toujours aisée pour ceux qui souhaitent avoir accès à des documents qui les concernent.

40. Toutefois, *in casu*, la demande a trait au second objectif de la LIPAD, à savoir protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant (art. 2 al. 2 litt. b).

41. La requête ne tombant manifestement pas dans le champ de la transparence, reste par conséquent à examiner le droit d'accès du demandeur à ses données personnelles, notamment celles contenues dans un dossier de tiers.

42. A cet égard, il convient de rappeler que, sauf intérêt public ou privé prépondérant contraire, tout individu a la possibilité de demander au responsable de l'institution publique requise que lui soient communiquées toutes les données le concernant contenues dans un fichier (art. 44 LIPAD).

43. Toutefois, le Préposé cantonal estime qu'il n'a pas à examiner la question plus avant, le législateur ayant décidé que le traitement de données personnelles effectué par les juridictions et les autres autorités judiciaires en application des lois de procédure pénale, civile, administrative ou d'entraide judiciaire ou d'autres lois régissant leurs activités, aux fins de trancher les causes dont ils sont ou ont été saisis ou de remplir

les tâches de surveillance dont ils sont ou ont été investis, n'est pas soumis à la LIPAD (art. 3 al. 3 litt. b).

44. Au surplus, l'art. 3 al. 5 LIPAD réserve expressément l'application du droit fédéral.

45. En l'occurrence, les mesures de protection de l'adulte sont régies par le droit fédéral (art. 360 ss CC).

46. Le Préposé cantonal constate que l'art. 451 CC prévoit que l'autorité de protection de l'adulte est tenue au secret, à moins que des intérêts prépondérants ne s'y opposent. En l'occurrence, dans son courrier du 9 août 2016, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant a estimé que "*Madame A. ne saurait se prévaloir d'un quelconque intérêt prépondérant permettant une dérogation à ce principe*".

47. Le Préposé remarque toutefois que le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfance a, par décision du 26 avril 2016, décidé de la levée du secret de fonction de la curatrice de feu Monsieur R., (art. 58 LOJ), afin qu'elle puisse être auditionné en qualité de témoin dans le cadre d'une éventuelle action qu'introduirait Madame A., cela étant et dans un souci de ne pas voir les mesures de protection faire inutilement obstacle aux droits de tiers.

48. Le Préposé cantonal s'étonne à ce propos de l'affirmation de Me B. *selon laquelle* "*la curatrice n'a plus les données en ses mains*".

49. Certes, les inventaires, rapports et comptes de curatelle sont conservés par le Tribunal de protection (art. 91 de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012, LaCC, E 1 05). Il n'en reste pas moins qu'un curateur, qui exerce ses tâches avec le même devoir de diligence qu'un mandataire au sens du code des obligations (art. 413 CC), est soumis à de nombreuses obligations (tenue des comptes – art. 410 CC, rédaction d'un rapport sur son activité et sur l'évolution de la situation de la personne concernée – art. 411 CC et 87 al. 1 LaCC, rédaction d'un rapport final et présentation des comptes finaux à l'attention de l'autorité de protection de l'adulte – art. 425 CC) et qu'il doit également conserver, de fait, les documents concernant la personne dont il est en charge (voir notamment l'art. 10 al. 1 de l'ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle du 4 juillet 2012, OGPCT, RS 211.223.11, qui oblige le curateur à la conservation des relevés relatifs à la gestion des biens établis au nom de la personne concernée).

50. A cet égard, le Préposé cantonal rappelle que Monsieur R. est décédé le 20 novembre 2015. De ce fait, la curatrice est assurément en possession des documents que souhaite obtenir le requérant. Il appartient donc à ce dernier de demander l'audition de la curatrice de Monsieur R. auprès du Tribunal des prud'hommes dans le cadre de l'action introduite par Madame A.

RECOMMANDATION

51. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Préposé cantonal recommande au Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant de maintenir son refus de transmettre au requérant le dossier de curatelle de Monsieur R.

52. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).

53. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à:

    a. Me B., avocat, Etude [redacted] Genève

    b. Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfance, case postale 3950, 1211 Genève 3

Stéphane Werly
Préposé cantonal

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence
remercie par avance l'institution publique concernée de l'informer de la suite qui sera donnée à la présente recommandation.