



Demande d'accès à une recommandation du groupe de confiance

Avis de droit du 20 janvier 2014

Mots clés: droit d'être entendu, protection de la personnalité des membres du personnel, groupe de confiance, transmission d'une recommandation, entretien de service

Contexte: demande d'accès à une recommandation du groupe de confiance dont les conclusions débouchent sur la vraisemblance de violations des droits de la personnalité des collaboratrices et collaborateurs par leur supérieur hiérarchique – droit dudit supérieur à obtenir le document en question en vertu de son droit d'être entendu dans le cadre d'un entretien de service en vue d'une fin des rapports de service

Bases juridiques: art. 29 Cst., art. 2B LPAC, art. 8 RPPers, art. 24 à 27 LIPAD

Considérations:

Garantie constitutionnelle du droit d'être entendu

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 Cst.¹, le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes², de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre³. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier⁴. Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant; il suffit que le juge examine ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige⁵.

Principe de protection de la personnalité des collaboratrices et des collaborateurs

Selon l'art. 2B LPAC⁶, il est veillé à la protection de la personnalité des membres du personnel, notamment en matière de harcèlement psychologique et de harcèlement sexuel (al. 1). Des mesures sont prises pour prévenir, constater et faire cesser toute atteinte à la personnalité (al. 2). Les modalités sont fixées par règlement (al. 3).

¹ Constitution fédérale, du 18 avril 1999, RS 101.

² Arrêt du Tribunal fédéral 2D_5/2012, du 19 avril 2012, consid. 2.3.

³ ATF 135 I 279, consid. 2.3; ATF 132 II 485, consid. 3.2; ATF 127 I 54, consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral 2C_552/2011, du 15 mars 2012, consid. 3.1.

⁴ ATF 136 I 229, consid. 5.2; ATA/432/2008, du 27 août 2008, consid. 2b.

⁵ ATF 133 II 235, consid. 5.2; 129 I 232, consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 1C_424/2009, du 6 septembre 2010, consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 2C_514/2009, du 25 mars 2010, consid. 3.1.

⁶ Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 4 décembre 1997, RSGE B 5 05.

Selon l'art. 5 RPPers⁷, le groupe de confiance a été instauré par le Conseil d'Etat et est chargé de la mise en œuvre et de la bonne application du dispositif de protection de la personnalité prévu aux art. 5 à 30 RPPers (al. 1). Il participe à la promotion de la politique de prévention du harcèlement psychologique et sexuel, et intervient lors de la séance d'accueil des nouveaux collaborateurs (al. 2). Sa mission principale consiste à traiter les demandes des personnes qui font appel à lui. Il contribue à ce que la hiérarchie fasse cesser les atteintes à la personnalité (al. 3).

Restrictions d'accès aux données des conseillers en protection de la personnalité

Selon l'art. 8 RPPers, les démarches informelles menées par le groupe de confiance sont couvertes par une totale confidentialité (al. 1). Les documents et informations dont ont connaissance les membres du groupe de confiance lors des démarches informelles sont totalement couverts par la confidentialité. Nul ne peut ultérieurement se prévaloir devant une autorité administrative ou judiciaire de ce qui a été déclaré durant cette phase (al. 2). La procédure des démarches informelles menées par le groupe de confiance est décrite aux art. 13 ss RPPers⁸. A l'issue de l'examen préalable, le groupe de confiance peut proposer une recommandation à l'autorité d'engagement (art. 16 RPPers).

En vertu de son art. 3, la LIPAD⁹ s'applique en principe à l'ensemble des institutions publiques et parapubliques sises sur le territoire du canton de Genève.

Principe de transparence et limites à l'accès aux documents fixées par la LIPAD

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 présente loi. Les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique, notamment les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (art. 25 al. 1 et 2 LIPAD).

Les documents à la communication desquels un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose sont soustraits au droit d'accès (art. 26 al. 1 LIPAD). Selon l'art. 26 al. 2 LIPAD, tel est le cas, notamment, lorsque l'accès aux documents est propre à mettre en péril la sécurité de l'Etat, la sécurité publique, les relations internationales de la Suisse ou les relations confédérales (let. a); mettre en péril les intérêts patrimoniaux légitimes ou les droits immatériels d'une institution (let. b); entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution (let. c); compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi (let. d); rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives (let. e); rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (let. f), porter atteinte à la sphère privée ou familiale (let. g) ou encore révéler des informations sur l'état de santé d'une personne (let. h); 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); 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 (let. j); révéler l'objet ou le résultat de recherches scientifiques en cours ou en voie de publication (let. k); révéler des délibérations et votes intervenus à huis clos ou compromettre les intérêts ayant justifié le huis clos d'une séance (let. l).

⁷ Règlement relatif à la protection de la personnalité à l'Etat de Genève, du 12 décembre 2012, RSGE B 5 05.10.

⁸ Voir aussi le code de déontologie du groupe de confiance: <http://www.ge.ch/confiance/pdf/Code-Deontologie-GDC.pdf>.

⁹ Loi sur l'information du public, l'accès aux documents personnels et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001, RSGE A 2 08.

Sont également exclus du droit d'accès les documents à la communication desquels le droit fédéral ou une loi cantonale fait obstacle (al. 4). L'institution peut aussi refuser de donner suite à une demande d'accès à un document dont la satisfaction entraînerait un travail manifestement disproportionné (al. 5).

Rappel des travaux préparatoires relatifs à la LIPAD

À l'art. 26, le commentaire du PL 8356¹⁰ précise notamment ce qui suit :

«Lettre g

En complément aux autres exceptions énumérées à l'alinéa 2, la lettre g établit une exception au droit d'accès aux documents lorsque celui-ci impliquerait une atteinte notable à la sphère privée, qui peut être celle d'administrés ou d'institutions. Cette disposition n'exclut donc pas automatiquement l'accès à tout document dès l'instant qu'il concernerait la sphère privée d'un tiers; elle requiert une pesée des intérêts en présence. Par exemple, un avocat mandaté par une institution doit s'attendre à ce que le montant des honoraires qu'il perçoit du chef de ce mandat soit le cas échéant communiqué à des tiers, dès lors qu'il s'agit de l'utilisation des ressources d'institutions chargées de l'accomplissement de tâches de droit public, bien que cette information concerne sa sphère privée économique.

Aux exceptions énumérées explicitement à l'article 26, il est prudent d'ajouter une réserve des dispositions de droit fédéral ou cantonal faisant obstacle à l'exercice du droit individuel d'accès institué par la LIPAD. Certes, le principe de la primauté du droit fédéral suffirait à fonder des refus au regard de normes de droit fédéral. La mention du droit fédéral n'en a pas moins une utile valeur didactique. En ce qui concerne les normes spécifiques de droit cantonal, il se justifie d'en faire la réserve dans la mesure où il serait hasardeux d'affirmer que la LIPAD regroupe l'ensemble des exceptions imaginables au droit d'accès aux documents, même si la plupart des hypothèses envisageables peuvent sans doute être rattachées à l'un ou l'autre des cas énumérés à l'article 26, alinéa 2. La réserve figurant à l'article 26, alinéa 4 présente aussi l'avantage d'intégrer en quelque sorte à la LIPAD les exceptions spécifiques résultant du droit fédéral ou d'autres lois cantonales dans la perspective de la détermination de l'étendue du secret de fonction, dont la définition se trouve désormais logiquement faite par référence à la LIPAD.

L'article 26, alinéa 4 n'est en revanche pas une clause de délégation législative habilitant le Conseil d'Etat ou les autres institutions soumises à la LIPAD à prévoir par la voie de règlements ou de directives des exceptions non couvertes par l'article 26 LIPAD¹¹».

Il convient de préciser que, dans le domaine de la LIPAD, l'intérêt personnel et la qualité du demandeur n'interfèrent en aucune manière dans l'examen de ces conditions. Bien que le cercle des bénéficiaires de l'accès à l'information ne soit pas précisé dans le texte de ces dispositions¹², l'exposé des motifs figurant dans le rapport du Conseil d'Etat à l'appui du projet de loi précise que le droit d'accès aux documents est un droit reconnu à chacun, sans restriction liée notamment à la démonstration d'un intérêt digne de protection du requérant. Dès lors qu'un document doit être considéré comme accessible à une personne en vertu du principe de la transparence (et non en vertu des dispositions sur la protection des données personnelles ou des droits inhérents à la qualité de partie à une procédure), il n'y a pas de raison d'en refuser l'accès à d'autres personnes. Les exceptions prévues à l'art. 26 LIPAD constituent ainsi des clauses de sauvegarde pour les informations qui ne doivent pas être

¹⁰ https://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/540311/45/540311_45_partie41.asp.

¹¹ C'est nous qui soulignons.

¹² ATA/621/2005, du 20 septembre 2005, consid. 3.

portées à la connaissance du public¹³. Dès lors, ce qui est décisif dans l'application de la LIPAD, c'est le contenu même de l'information sollicitée et non la qualité du requérant¹⁴.

Selon l'art. 44 RPAC¹⁵, un entretien de service entre le membre du personnel et son supérieur hiérarchique a pour objet les manquements aux devoirs du personnel.

Commentaire:

Aspect crucial du droit d'être entendu, le droit de consulter le dossier vise à ce que la personne partie à la procédure puisse s'expliquer avant qu'une décision qui la touche ne soit prise¹⁶. S'il vaut également en dehors de toute procédure formelle, il ne s'applique pas aux documents internes (notes, projets, rapports à l'intention de collègues)¹⁷.

A l'instar des autres droits fondamentaux, le droit d'être entendu, garantie constitutionnelle de nature formelle, n'est pas absolu; il peut notamment s'effacer en cas d'intérêts supérieurs, privés ou publics, au maintien du secret. Il convient également de respecter les dispositions relatives à la protection des données¹⁸.

A Genève, différentes règles renforcent le cloisonnement de l'information et interdisent l'entraide en matière de droit du personnel¹⁹. Il en va de la sorte de l'art. 8 RPPers, qui garantit la totale confidentialité des informations obtenues au cours des entretiens menés par le groupe de confiance. La confidentialité est un élément essentiel de l'activité du groupe de confiance qui permet aux collaborateurs de s'exprimer librement (notamment pour prévenir d'éventuelles représailles) et au groupe de confiance de jouer pleinement son rôle. Il convient de préciser qu'une recommandation émise suite à un examen préalable informel n'a pas valeur constatatoire, ne faisant pas suite à une enquête formelle. Un constat définitif de réalisation ou non d'une atteinte n'est établi par le groupe de confiance qu'à l'issue d'une investigation.

S'agissant de l'art. 26 al. 4 LIPAD, quand bien même les travaux préparatoires sont muets sur la question, l'on peut estimer que la distinction entre les termes *droit* (fédéral) et *loi* (cantonale) implique qu'au niveau cantonal, en dehors des exceptions couvertes par la LIPAD, seule une loi au sens formel peut faire obstacle à la communication d'un document. L'art. 8 RPPers ne remplissant pas cette exigence, il ne possède pas l'assise légale suffisante en la matière pour empêcher la divulgation d'une recommandation. Un règlement cantonal ne pouvant mettre en échec une garantie constitutionnelle fédérale, il conviendrait donc de faire figurer la garantie de confidentialité dans une loi au sens formel, par exemple la LPAC.

Dans l'hypothèse présentement portée à notre attention, un refus d'accès au rapport du groupe de confiance avant qu'une décision formelle de fin des rapports de service ne soit prise peut uniquement être fondé sur l'art. 26 al. 2 let. g LIPAD, au vu du fait qu'un tel accès pourrait porter une atteinte notable à des intérêts privés considérés comme prépondérants.

Amenés à mettre en balance les différents intérêts en présence, nous observons qu'il y a, d'une part, l'intérêt du supérieur hiérarchique visé à consulter le contenu d'un rapport contri-

¹³ ATA/621/2005, du 20 septembre 2005, consid. 3; MGC 2000/VIII, Volume des débats, séance 45, p. 7691 s.

¹⁴ François Bellanger, Note à propos de l'ATA/752/2004, SJ 2005 I, p. 137 ss; ATA/621/2005, du 20 septembre 2005, consid. 3.

¹⁵ Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 24 février 1999, RSGE B 5 05.01.

¹⁶ Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse volume II, Les droits fondamentaux, 2^{ème} éd., Berne 2006, N. 1306.

¹⁷ Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, *op. cit.* note 16, N. 1326 s.

¹⁸ ATF 122 I 153, consid. 6.

¹⁹ Fabien Waelti, in David Hofmann/Fabien Waelti (éd.), Actualités juridiques de droit public 2013, L'entraide administrative par les autorités genevoises et l'échange d'informations entre services, Berne 2013, p. 198 s.

buant à le considérer comme responsable de comportements inappropriés avec différents membres de son personnel et, d'autre part, l'intérêt des collaborateurs au respect de la confidentialité de leurs propos consignés dans ledit rapport.

Or, à cet égard, une communication de la recommandation du groupe de confiance impliquerait une atteinte notable à la sphère privée des collaborateurs entendus dans le cadre des entretiens, lesquels ont été assurés du respect de la confidentialité de tous les éléments communiqués aux conseillers en protection de la personnalité. Sur ce dernier point, l'intérêt privé des personnes concernées par ces entretiens apparaît prépondérant et s'oppose dès lors à l'autorisation d'accès au document concerné²⁰.

La question d'un éventuel caviardage du rapport au sens de l'art. 27 LIPAD se pose. Selon cette disposition, un accès partiel doit être préféré à un simple refus d'accès; les mentions à soustraire doivent être caviardées.

Eu égard au peu d'éléments mis à notre disposition, au court délai imparti et en l'absence de dossier, il n'est pas possible de garantir qu'un caviardage suffirait à une anonymisation suffisante rendant impossible la reconnaissance des acteurs impliqués dans le contexte en cause.

Il apparaît à la lumière du risque de licenciement du supérieur en question que son défenseur saisira toutes occasions pour convaincre du caractère infondé des éléments apportés par les collaborateurs au groupe de confiance. Outre qu'ils en ont reçu l'assurance de la part du conseiller en protection de la personnalité qui les a auditionnés, les collaborateurs et les collaboratrices intéressés doivent absolument être protégés contre ce risque.

En l'état, les préposés ne peuvent affirmer qu'un simple caviardage suffirait à les protéger d'un tel risque.

Stéphane Werly
Préposé cantonal

Pascale Byrne-Sutton
Préposée adjointe

²⁰ Voir ATA/73/2013, du 12 novembre 2013, consid. 3.