



Accès aux documents (art. 24 ss. LIPAD) : M. K. contre Conseil d'Etat

Recommandation du 26 octobre 2015

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

1. Par lettre recommandée du 29 juillet 2015, reçue le jour suivant, M. K. a adressé au Préposé cantonal une requête en médiation selon l'art. 30 LIPAD.
2. Cette requête faisait suite au refus du Conseil d'Etat daté du 22 juillet 2015 de lui transmettre un courrier adressé le 5 juin 2014 par Me P. au Conseil d'Etat, au motif que ledit document *"est couvert par le secret professionnel de l'avocat et contient des données personnelles dont la divulgation serait propre à porter atteinte à la sphère privée ou familiale des personnes concernées. Ces données, qui ne sont pas accessibles au public en vertu d'une loi ou d'un règlement, ne sauraient être transmises à une personne de droit privé, sans qu'un intérêt prépondérant de cette tierce personne le justifie"*.
3. Dans sa demande, M. K. avance *"Refus que j'ai grand peine à comprendre, car à l'évidence plusieurs personnes ont reçu cet envoi du 5 juin 2014, sans tenir compte de toutes celles et tous ceux qui en ont pris connaissance. De plus, tout récemment, un média papier (si ce n'est plusieurs) a/ont abondamment commenté la missive lue en décembre. Donc, la médiatisation des problèmes que connaît Monsieur Daniel Huber est maintenant largement du domaine public. Qu'on ne vienne pas dire que le courrier du 5 juin 2014 contient des recettes de cuisine ou l'élixir de longue vie autres que celles que connaissant trop bien des justiciables genevois sur des dysfonctionnements. Souvent relatés par les médias et qui engendrent de nombreuses interpellations de la part des politiques. Que ce recours soit accepté au fond et en la forme et aboutisse à l'obtention de ma légitime demande. Tel est mon souhait"*.
4. Le secrétariat du Préposé cantonal a adressé un courriel en date du 20 août 2015 à M. K. et à Mme Coralie Pasche, directrice adjointe de la Direction des affaires juridiques de la Chancellerie, en vue de fixer une rencontre de médiation.
5. La médiation, menée par la Préposée adjointe, a eu lieu le 21 septembre 2015.
6. Elle n'a pas abouti.
7. Le 30 septembre 2015, le secrétariat du Préposé cantonal a pris contact avec Mme Coralie Pasche, afin que le Préposé cantonal puisse consulter le document susmentionné. Une rencontre a eu lieu à cet effet le 7 octobre 2015 sur place.
8. Le Préposé cantonal a été reçu par la précitée. Il a pu prendre connaissance du document querellé.
9. Quant au contexte général de la présente requête d'accès aux documents, il ressort que :

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 1^{er} 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. S'agissant de son volet relatif à l'accès aux documents en mains des institutions publiques, la LIPAD a ainsi pour "*but de favoriser la libre information de l'opinion et la participation à la vie publique*" (art. 1 al. 2 let. a LIPAD).
12. En 2008, la loi a fait l'objet d'une révision importante. Au volet relatif à la transparence, le domaine de la protection des données personnelles a été ajouté. A ce titre, la loi a pour but de "*protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant*" (art. 1 al. 2 let. b LIPAD). Dans cette autre matière, la loi "*tend d'abord à favoriser le confinement des informations susceptibles de porter atteinte à la personnalité*" (Rapport de la Commission judiciaire et de la police chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat sur la protection des données personnelles (LPDP) (A 2 12) PL 9870-A, p. 5).
13. En ce qui concerne particulièrement la procédure d'accès aux documents, en application de l'art. 30 al. 1 LIPAD, toute personne peut déposer une demande en médiation lorsque sa demande n'est pas honorée ou lorsque l'autorité tarde à répondre.
14. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD).
15. 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.
16. Le Préposé cantonal mène la procédure de médiation de manière informelle, en recueillant la position des institutions et des personnes concernées sur le document demandé et sur son accès, selon un mode de communication adapté à la complexité de la requête et conformément au principe d'économie de procédure. Enfin, il entend les parties et peut les réunir. Il s'efforce de les amener à un accord. Il leur soumet, si nécessaire, des propositions (art. 10 al. 8 et 9 LIPAD).
17. Dans ces limites, c'est au Préposé cantonal qu'il incombe de déterminer les modalités de la médiation. Dans leur pratique, le Préposé cantonal et la Préposée adjointe organisent des rencontres de médiation lors desquelles ils font signer aux participants un engagement à la médiation qui souligne la confidentialité du processus. Ce document est également signé par la personne qui représente le Préposé cantonal durant la procédure (soit le Préposé cantonal, soit la Préposée adjointe).
18. S'agissant des parties à la médiation, il y a toujours d'un côté une institution publique cantonale ou communale genevoise, soit l'entité auprès de laquelle l'accès au document est sollicité, et de l'autre le demandeur.
19. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).

20. Dans ce cadre, il doit veiller à ne rien divulguer des échanges survenus au cours de la procédure de médiation, ni dévoiler le contenu des documents dont la transmission est contestée. La recommandation doit être rédigée dans le respect des institutions et de la personnalité des personnes et institutions concernées (art. 10 al. 11 RIPAD).
21. Le Préposé cantonal et la Préposée adjointe, dans le souci de garantir un double regard neutre, impartial et indépendant sur la situation portée à leur connaissance, ont fait le choix de traiter séparément le processus de médiation proprement dit de la rédaction de la recommandation en faisant de sorte que lorsque c'est le Préposé cantonal qui veille à la médiation, c'est la Préposée adjointe qui rédige la recommandation et inversement.
22. Le Conseil d'Etat fait partie des institutions publiques soumise à la LIPAD (art. 3 al. 1 let. a LIPAD).
23. Aux termes de la LIPAD, l'accès aux documents comprend la consultation sur place et l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 1 et 2 LIPAD).
24. 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.
25. 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 (art. 25 al. 1, 2 et 3 LIPAD).
26. 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 al. 4 LIPAD).
27. 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).
28. 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.
29. Est notamment soustrait au droit d'accès institué par la LIPAD, le document dont l'accès est propre à porter atteinte à la sphère privée ou familiale (art. 26 al. 2 let. g LIPAD) ou à révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique (art. 26 al. 2 let. i LIPAD).
30. L'exposé des motifs relatif à l'avant-projet note à propos de l'art. 26 al. 2 let. g LIPAD: *"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".

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

31. Quant à l'art. 26 al. 2 let. i LIPAD, il est indiqué: "*L'exception tirée des différents secrets institués par la législation représente en réalité un cas particulier d'exceptions justifiés 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".*

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

32. La LIPAD prévoit une procédure de médiation en matière d'accès aux documents. La médiation a pour but de faciliter, dans un cadre informel et dans la plus stricte confidentialité, la recherche d'une solution consensuelle entre l'institution publique auprès de laquelle un document est sollicité et le requérant.
33. La présente requête vise l'accès à un document en mains du Conseil d'Etat, soit un courrier qui lui a été adressé le 5 juin 2014 par un avocat de la place.
34. Le Préposé cantonal relève que le document querellé contient des données dont l'accès serait susceptible de porter une atteinte notable trait à la sphère privée des tiers cités. En l'absence de texte légal permettant la divulgation de ces données, il s'agit dès lors de procéder à une pesée des intérêts en présence.
35. Le Préposé cantonal constate que le cas présent se distingue de celui mentionné lors des travaux préparatoires de la LIPAD. En effet, le document n'a pas trait à l'utilisation des ressources d'une institution chargée de l'accomplissement de tâches de droit public.
36. Le Préposé cantonal remarque que le requérant n'a à aucun moment démontré un intérêt prépondérant à la remise des données privées des tiers cités dans le courrier. En conséquence, l'intérêt des tiers concernés à ne pas subir d'atteinte à leur sphère privée et familiale l'emporte ici.
37. Par ailleurs, après consultation du texte intégral du document litigieux, le Préposé cantonal est parvenu à la conclusion qu'un caviardage même partiel, tel qu'il est prévu par l'art. 27 LIPAD – des données personnelles des tiers – rendrait le document illisible ou sans intérêt.
38. S'agissant de la seconde exception, le Préposé cantonal observe qu'à sa connaissance, à la différence de la protection des secrets d'affaires (ATA/560/2015), la question du secret professionnel n'a pas encore été abordée par la Cour de justice.

39. Plusieurs textes légaux évoquent le secret professionnel de l'avocat.

40. Ainsi, l'art. 13 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA; RS 935.61), indique:

¹ *L'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers. Le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés.*

² *Il veille à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel.*

41. Les cantons sont également compétents pour adopter des règles de procédure et pour la mise en œuvre de la LLCA. Le canton de Genève a fait usage des compétences ainsi admises par cette loi et a adopté la loi genevoise sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (LPAv; RSGe E 6 10), complétée par son règlement du 7 décembre 2010 (RPAv; RSGe E 6 10.01). A teneur de l'art. 12 LPAv:

¹ *L'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession ou dont il a connaissance dans l'exercice de celle-ci. Cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers. Il veille à ce que ses auxiliaires respectent le secret professionnel.*

² *Sans en avoir l'obligation, l'avocat peut toutefois révéler un secret si l'intéressé y consent.*

³ *Il en est de même si l'avocat obtient l'autorisation écrite de la commission du barreau. Cette autorisation peut être donnée par le bureau de la commission. En cas de refus, l'avocat peut demander que sa requête soit soumise à la commission plénière qui statue par une décision non susceptible d'un recours. Dans ce dernier cas, les membres du bureau participent également à la délibération.*

⁴ *L'autorisation n'est délivrée que si la révélation est indispensable à la protection d'intérêts supérieurs publics ou privés.*

42. L'art. 13 LPAv ajoute, s'agissant de la confidentialité des échanges transactionnels entre avocats:

Conformément aux us et coutumes de la profession d'avocat :

a) nul ne peut se prévaloir d'échanges confidentiels;

b) sont confidentiels les échanges désignés comme tels par la mention « sous les réserves d'usage » ou ceux qui se rapportent à des propositions transactionnelles;

c) la confidentialité est levée soit d'entente entre les parties, soit lorsqu'un accord complet a été trouvé entre elles.

43. De plus, l'art. 321 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; RS 311.0) sanctionne la violation du secret professionnel en ces termes:

1. Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, conseils en brevet, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Seront punis de la même peine les étudiants qui auront révélé un secret dont ils avaient eu connaissance à l'occasion de leurs études.

La révélation demeure punissable alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession ou qu'il a achevé ses études.

2. La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit.

3. Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice.

44. Le Préposé cantonal relève l'importance accordée par les avocats à leur secret professionnel.
45. En l'espèce, il constate que le courrier querellé a été adressé par un avocat agissant en cette qualité. Il est donc soumis au secret professionnel. Or, en l'absence de consentement des personnes concernées ou d'autorisation écrite de l'autorité supérieure ou de l'autorité de surveillance, le requérant n'avait aucune possibilité légale d'entrer en possession du courrier.
46. En conclusion, le Préposé cantonal est donc d'avis que les exceptions tirées de l'art. 26 al. 2 let. g et i LIPAD s'opposent à la remise du document demandé.

RECOMMANDATION

47. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Préposé cantonal recommande au Conseil d'Etat de maintenir son refus de transmettre au requérant le courrier adressé le 5 juin 2014 par Me P. au Conseil d'Etat.
48. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le Conseil d'Etat doit rendre une décision sur la communication du document considéré (art. 30 al. 5 LIPAD).
49. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à :
- a. M. K. [REDACTED]
 - b. Mme Coralie Pasche, Département présidentiel, Chancellerie d'Etat, Direction des affaires juridiques, Case postale 3964, 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.