



## Accès aux documents (art. 24 ss LIPAD) : Directives du Ministère public relatives au choix des avocats nommés d'office – O. et A. (demandereses) contre Procureur général de la République et canton de Genève

### Recommandation du 6 janvier 2015

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

1. Conformément aux art. 24 ss de la loi genevoise sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD; RSGe A 2 08), Mes O. et A., avocates, ont déposé une requête par lettre du 16 janvier 2014, auprès de Monsieur Olivier Jornot, Procureur général, relative aux nominations d'office émanant du Ministère public.
2. Dans leur courrier à Monsieur le Procureur général, les demanderesses émettent le souhait de connaître "*les directives relatives au choix des avocats nommés d'office lorsque les conditions d'une défense obligatoire sont remplies, tant lors de la première audience à VHP qu'ultérieurement*".
3. Mes O. et A. précisent encore, à l'appui de leur requête, que, selon elles, les nominations d'office ne leur sont plus adressées de manière aussi régulière qu'à l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure pénale. Elles s'inquiètent de ce constat, eu égard au fait que leur activité d'avocates pénalistes est intimement liée à ces nominations.
4. Par courrier du 7 mars 2014, Monsieur le Procureur général invite les requérantes à s'adresser à l'ordre des avocats, en tant que ce dernier avait, dans le courant 2013, obtenu de sa part des informations complètes sur le sujet. Pour le surplus, il indique que :
  - Le Ministère public n'intervient pas dans la désignation des avocats appelés auprès de la police en vertu de l'art. 8A LPAV, ces derniers étant désignés par le biais de la permanence incombant à la commission du barreau. La situation est analogue s'agissant des avocats de la 2<sup>ème</sup> et de la 3<sup>ème</sup> heure;
  - La désignation des défenseurs d'office incombant à la direction de la procédure est centralisée, pour ce qui a trait au Ministère public, auprès du service des huissiers. Ces derniers procèdent sur la base d'une liste communiquée par l'ordre des avocats, laquelle a été établie en fonction des préférences manifestées par les intéressés. Un tournoi régulier est mis en place. Il n'est interrompu que lorsqu'il est nécessaire de faire appel à des compétences linguistiques particulières, lorsqu'un avocat de permanence est intervenu en 1<sup>ère</sup>, 2<sup>ème</sup> ou 3<sup>ème</sup> heure, ou lorsque le prévenu a exprimé le désir d'être défendu par un avocat en particulier (art. 133 al. 2 CPP).

5. Par courrier du 20 mars 2014 adressé à Monsieur le Procureur général, les demanderessees se disent étonnées *"du fait que les procureurs ne fassent que rarement appel à la centrale de l'avocat de la première heure pour l'intervention d'un avocat dit de la deuxième heure"*. Elles prient de la sorte Monsieur le Procureur général de leur indiquer *"dans quels cas les procureurs de permanence sont autorisés à ne pas faire appel à l'avocat de la deuxième heure et à nommer un avocat, par le biais de la liste tenue par le MP, juste après cette première audience et avant que le prévenu ait effectué dix jours de détention provisoire"*. Elles évoquent encore un article du journal *Le Temps*, du 5 mars 2014, dans lequel il est mentionné que le Ministère public prendrait la responsabilité d'écarter des noms d'avocats dans des dossiers exceptionnels. Elles sollicitent Monsieur le Procureur général de leur faire savoir *"pour quelles raisons un procureur aurait le choix entre trois avocats et ne se verrait pas imposer l'avocat dont le nom figure en tête de liste (tournus), quels sont les critères permettant d'écarter des avocats et quels sont les dossiers exceptionnels mentionnés dans l'article du journal"*. Enfin, Mes O. et A. aimeraient *"connaître la moyenne du nombre de nominations d'office décidées chaque jour par le Ministère public"*.
6. Dans sa réponse datée du 26 mars 2014, Monsieur le Procureur général écrit ne pas voir à quel titre il aurait à répondre à ces questions.
7. Par lettre du 31 mars 2014 adressée à Monsieur le Procureur général, les demanderessees invoquent l'application de la LIPAD à l'appui de leur requête.
8. Dans sa réponse à Mes O. et A. datée du 17 juin 2014, Monsieur le Procureur général relève que *"la LIPAD prévoit un droit d'accès aux documents. Les renseignements dont vous demandez la transmission ne constituant manifestement pas des documents, votre invocation de la LIPAD tombe à faux"*.
9. Dans un courrier daté du 30 juin 2014, les requérantes ont sollicité du Préposé cantonal l'ouverture d'une procédure de médiation au sens des art. 30 ss LIPAD.
10. Le 22 juillet 2014, le Préposé cantonal s'est adressé aux parties par courriel pour fixer la date de la rencontre de médiation au 10 septembre 2014 à 9h00 dans ses locaux, sis rue David-Dufour n° 5, au 8<sup>e</sup> étage.
11. La procédure de médiation a pour but la recherche d'une solution consensuelle relative à la communication d'un ou de plusieurs documents détenus par l'institution, suite à une requête individuelle d'accès d'une personne physique ou morale (art. 10 al. 1 du règlement d'application de la loi genevoise sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 21 décembre 2011; RIPAD; RSGe A 2 08.01).
12. La médiation a eu lieu comme convenu. Les parties ont souhaité suspendre temporairement le processus et ont prévu de se revoir le 15 octobre 2014. Par appel téléphonique du 9 octobre 2014 au secrétariat du Préposé cantonal, le Ministère public a toutefois décidé d'annuler cette séance.
13. Dès lors, conformément à l'art. 30 al. 5 LIPAD, il appartient au Préposé cantonal de rédiger une recommandation sur l'accès au document à l'attention de l'institution.
14. Par courrier du 20 octobre 2014, Mme Sophie Varga Lang, greffière de juridiction, a fait savoir au Préposé cantonal que :

- Me O. a été nommée à deux reprises en 2014 (les 28 janvier et 17 septembre), ce qui correspond au rythme de tournus usuel;
  - Me A. a été nommée les 21 mai 2013 et 7 mai 2014. Il est précisé que le laps de temps d'un an qui s'est écoulé entre ces deux nominations s'explique par le souhait de la précitée de ne pas être nommée pour les dossiers devant être plaidés devant le Tribunal de police, les critères d'exclusion pouvant ainsi différer la nomination.
  - Les critères d'exclusion ont été modifiés à la fin du mois de juin 2014. Ces derniers sont dorénavant réduits à quatre, soit les infractions relevant de la compétence du Tribunal des mineurs, les infractions contre l'intégrité sexuelle pour la défense du prévenu, les infractions contre l'intégrité sexuelle pour la défense de la partie plaignante et les infractions portant sur des procédures financières dites complexes.
  - A la date du 20 octobre 2014, Me O. figure en 258<sup>ème</sup> position, Me A. en 22<sup>ème</sup> position".
  - Les nominations faites dans le cadre de la désignation de l'avocat de la première heure, soit par le biais de la permanence de l'ordre des avocats (*call center*), ne sont pas prises en compte dans la liste tenue par le service des huissiers et ne prétèrent ainsi pas le tournus mis en place.
15. Dans un courrier daté du 22 octobre 2014 adressé au Préposé cantonal, les demanderesses écrivent que la nomination d'office de Me A. du 21 mai 2013 n'a pas eu lieu dans le cadre du tournus de la liste tenue par le Ministère public, car il s'agissait d'une suite d'intervention en qualité d'avocat de la première heure. Elles contestent par ailleurs que Me A. ait refusé des nominations d'office s'agissant de dossiers devant être plaidés devant le Tribunal de police. De plus, elles estiment que l'affirmation du Ministère public, selon laquelle les nominations faites dans le cadre de l'avocat de la première heure ne sont pas prises en compte dans la liste tenue par le service des huissiers, est erronée. Elles sont d'avis, en outre, que les nominations faites par le Ministère public à VHP suite à une intervention en qualité d'avocat de la première heure à la police, sont prise en compte dans le tournus.
16. Dans le cadre de la préparation de la présente recommandation, le Préposé cantonal a pris contact avec Mme Sophie Varga Lang. Par téléphone du 12 novembre 2014, cette dernière lui a fait part du fait que le Ministère public ne possède pas de directive concernant la nomination d'office, mais se base uniquement sur une liste. Elle lui a par ailleurs indiqué que les divergences de vues entre Me A. et le Ministère public, soulevées dans le courrier du 22 octobre 2014, avaient été résolues.
17. En date du 19 décembre 2014, le Préposé cantonal a été reçu par Monsieur le Procureur général. A cette occasion, ce dernier lui a confirmé qu'il n'existe pas de directives ayant trait à la désignation des avocats nommés d'office. Le Préposé cantonal a également pu prendre connaissance de la liste tenue par le service des huissiers.

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

18. L'entrée en vigueur de la LIPAD, le 1<sup>er</sup> mars 2002, a signifié un changement important pour les institutions publiques soumises à la loi puisqu'il s'est agi de passer du principe du secret à celui de la transparence.

19. En matière de transparence, le législateur s'est donné pour objectif de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 1 al. 2 let. a LIPAD).
20. La LIPAD est applicable au secteur public cantonal et communal ainsi qu'aux institutions publiques cantonales, communales et intercommunales. Le pouvoir judiciaire est expressément mentionné dans le champ d'application de la loi à l'art. 3 al. 1 let. a LIPAD. Le Ministère public relève du pouvoir judiciaire.
21. Dans son exposé des motifs relatif au projet de loi sur l'information du public et l'accès aux documents présenté au Grand Conseil, le Conseil d'Etat faisait état de réserves faites durant la procédure de consultation concernant "*la nécessité de tenir compte des spécificités du pouvoir judiciaire*" (PL 8356 - Projet de loi sur l'information du public et l'accès aux documents - Projet présenté par le Conseil d'Etat le 9 octobre 2000, exposé des motifs, p. 37).
22. 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 loi. Selon l'art. 24 al. 2 LIPAD, l'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents.
23. La demande d'accès à un document n'est soumise à aucune exigence de forme (art. 28 al. 1 LIPAD). Il n'est pas nécessaire de motiver ou de justifier la demande.
24. La notion de document est définie par l'art. 25 al. 1 LIPAD. Il s'agit de : "*Tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique*".
25. Les directives sont expressément mentionnées, à l'art. 25 al. 2 LIPAD, dans la liste exemplative des documents visés par la loi : "*Sont notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions*".
26. Les directives relèvent généralement de la catégorie de l'information active. A cet égard, le RIPAD (art. 13) pose d'ailleurs une exigence de publication sur le site internet de l'administration cantonale des directives du collège des secrétaires généraux relatives à la protection des données personnelles.
27. Outre l'accès aux documents sur demande, en matière d'information du public, la loi pose également le principe d'une communication active en vertu duquel : "*Les institutions communiquent spontanément au public les informations qui sont de nature à l'intéresser*" (art. 18 al. 1 LIPAD). Il en va notamment de la sorte de l'ensemble des ordonnances administratives organisationnelles ou interprétatives (art. 4 al. 1 let. a RIPAD).
28. A cet égard, s'agissant du pouvoir judiciaire, l'art. 20 al. 1 LIPAD précise expressément : "*Les juridictions, le conseil supérieur de la magistrature et les autres autorités judiciaires fournissent des informations générales sur leurs activités juridictionnelles et administratives*".
29. A teneur de l'art. 27 al. 1 LIPAD, l'institution requise doit préférer répondre partiellement plutôt que de refuser toute entrée en matière.
30. Le principe de transparence n'est toutefois pas absolu. Des exceptions à l'information du public sont possibles si les conditions prévues par l'art. 26 al. 2 LIPAD sont

réalisées, dans les cas où il s'avère qu'un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose à la communication des documents sollicités.

31. Est par exemple soustrait au droit d'accès toute directive organisationnelle qui vise à aménager des mesures de surveillance ou de contrôle dans les domaines de la sécurité de l'Etat, de la sécurité publique, des relations internationales de la Suisse et de la fiscalité notamment, et qui ont pour but de prévenir la commission d'infractions à des lois ou des règlements (art. 7 al. 2 let. a RIPAD).
32. En application de l'art. 30 al. 1 LIPAD, toute personne peut déposer une requête de médiation lorsque sa demande d'accès à un document n'est pas honorée ou lorsque l'autorité tarde à répondre.
33. Selon l'art. 10 al. 7 RIPAD, dès qu'il est saisi d'une requête de médiation, le Préposé cantonal informe le responsable LIPAD de l'institution concernée; il incombe à celui-ci de renseigner le Préposé cantonal et de représenter l'institution dans le cadre de la procédure de médiation. En fonction des circonstances, le responsable LIPAD peut se faire accompagner de tout organe ou membre de l'institution dont le concours serait propice à l'éclaircissement des faits et à la recherche d'une solution consensuelle.
34. L'art. 10 al. 8 RIPAD précise que le Préposé cantonal mène la procédure 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 (al. 9).
35. Dans ces limites, c'est au Préposé cantonal qu'il incombe de déterminer les modalités de la médiation. Dans leur pratique, les préposés 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).
36. La loi précise que le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD). 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 (art. 10 al. 11 RIPAD). La recommandation doit être rédigée dans le respect des institutions et de la personnalité des personnes et institutions concernées
37. 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.
38. Face à des demandes individuelles et concrètes pour lesquelles l'autorité requise refuse le droit d'accès, le Préposé cantonal doit se faire l'interprète de la loi et veiller à proposer une interprétation conforme à son esprit, tout particulièrement lorsqu'il vérifie s'il y a lieu ou non de considérer que l'une des exceptions prévues par l'art. 26 LIPAD est réalisée.

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

39. Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, le code de procédure pénale suisse consacre le droit de tout prévenu d'être assisté d'un avocat dès le premier interrogatoire de police (art. 127 et 159 CPP).
40. La Commission du barreau est l'organe officiel de surveillance des avocats qui pratiquent la représentation en justice sur le territoire genevois. Composée de neuf membres nommés pour une période de quatre ans, elle est rattachée administrativement au Pouvoir judiciaire, lequel met à sa disposition les moyens administratifs et logistiques nécessaires à l'accomplissement de sa mission (<http://ge.ch/justice/commission-du-barreau>).
41. Parmi ses missions, il lui appartient notamment d'organiser et de surveiller la permanence de l'avocat dit de la première heure. Conformément à l'art. 8a LPAv, la Commission du barreau a confié l'organisation et la mise en œuvre de cette tâche à l'Ordre des avocats de Genève.
42. La vocation de la permanence est de fournir de façon pré-organisée un nombre suffisant d'avocats qui assureront la défense de tout prévenu soupçonné ou accusé d'infraction grave, dès les premières minutes de son interrogatoire.
43. A cette fin, la permanence de l'avocat de la première heure établit et met régulièrement à jour une liste d'avocats volontaires, désigne les avocats de garde à défaut d'avocats volontaires disponibles en suffisance, met en œuvre un standard téléphonique fonctionnel 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7, atteignable par la police au moyen d'un numéro de téléphone unique, et informe les avocats sur les modalités de la permanence.
44. En 2012, l'Ordre des avocats a requis une modification de la LPAv (art. 8A al. 2 et 41A), conjointement avec le Pouvoir judiciaire, visant à étendre à la deuxième et à la troisième heure le régime de la permanence de l'avocat de la première heure dédiée aux interventions auprès de la police (<http://www.odageneve.ch/fr/la-ordre-des-avocats-avocat-de-la-premia-re-heure>). Cette modification est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2014.
45. Le Préposé cantonal relève de ce qui précède que le Ministère public n'intervient pas dans la désignation des avocats de la première heure, comme de ceux dits de la deuxième et de la troisième heure.
46. S'agissant de la désignation des défenseurs d'office incombant au Ministère public, le Préposé cantonal constate qu'elle est centralisée auprès du service des huissiers. Ces derniers procèdent à un tournus régulier, sur la base d'une liste communiquée par l'Ordre des avocats, laquelle a été établie en fonction des préférences manifestées par les intéressés.
47. Selon les informations obtenues de la part du Ministère public, la liste comprend environ 300 avocats inscrits à la date du 19 décembre 2014. Cette dernière contient les noms/prénoms, l'avant-dernière nomination, la dernière nomination, les numéros de téléphone fixes et portables, les fax, les e-mails et les quatre restrictions que les avocats peuvent invoquer. En principe, le tournus implique que les avocats sont choisis en fonction de leur dernière date de désignation. Toutefois, il peut être interrompu en raison des langues ou des critères d'exclusion (soit les infractions relevant de la compétence du Tribunal des mineurs, les infractions contre l'intégrité sexuelle pour la défense du prévenu, les infractions contre l'intégrité sexuelle pour la

défense de la partie plaignante et les infractions portant sur des procédures financières dites complexes). Enfin, les nominations faites dans le cadre de l'avocat de la première heure ne sont pas prises en compte dans la liste tenue par le service des huissiers.

48. Le Préposé relève que la requête de Mes O. et A. ne porte pas sur la transmission de cette liste, mais sur "*les directives relatives au choix des avocats nommés d'office lorsque les conditions d'une défense obligatoire sont remplies, tant lors de la première audience à VHP qu'ultérieurement*".
49. Or force est de remarquer qu'en l'état, aucune directive sur le sujet n'a été émise par le Ministère public, aucune base légale cantonale ne l'y obligeant par ailleurs. Le Préposé cantonal ne peut à cet égard que prendre acte de ce fait. Il remarque incidemment que, selon l'expérience, des rumeurs peuvent naître de l'absence de clarification des conditions de fonctionnement des services administratifs, certains critères pouvant être formalisés dans un texte de nature organisationnelle.
50. Cela étant, le Préposé cantonal est d'avis que la requête qui lui est présentement soumise n'est pas spécialement circonscrite. En effet, la demande de médiation ne précise pas le document souhaité. Par ailleurs, le courrier des demanderesses du 22 octobre 2014 à l'attention du Préposé cantonal parle de "*requête tendant à davantage de transparence de la part du Ministère public dans le cadre des nominations d'office*".
51. D'autre part, dans leur courrier à Monsieur le Procureur général daté du 20 mars 2014, les demanderesses émettent le souhait de connaître un certain nombre d'informations. Or le Préposé cantonal rappelle que le but de la LIPAD est de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 1 al. 2 let. a LIPAD) et qu'à cette fin, seuls des documents, soit des supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique (art. 25 al. 1 LIPAD) peuvent faire l'objet d'un droit d'accès (art. 24 al. 1 LIPAD). La LIPAD n'offre donc pas le droit d'obtenir des renseignements.
52. Dès lors, les requérantes ne peuvent pas se prévaloir de la LIPAD pour obtenir les informations souhaitées dans leur courrier du 20 mars 2014. Il en va de même, à plus forte raison, de documents qui n'existent pas, comme des directives relatives au choix des avocats nommés d'office.
53. En conclusion, en l'absence de documents au sens de la LIPAD, le Préposé cantonal est d'avis que la présente demande doit être rejetée.

## RECOMMANDATION

54. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Préposé cantonal constate que le Procureur général ne peut donner suite à la requête de Mes O. et A. d'obtenir "*les directives relatives au choix des avocats nommés d'office lorsque les conditions d'une défense obligatoire sont remplies, tant lors de la première audience à VHP qu'ultérieurement*". Il ne peut dès lors pas formuler de recommandation visant à remettre ces dernières aux demanderesses.

55. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le Pouvoir judiciaire doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).

56. La recommandation est notifiée par courrier recommandé à :

- a. M. Olivier Jornot, Procureur général, Ministère public, route de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy
- b. Mes O. et A. (demanderesse), avocates, [REDACTED]  
[REDACTED]

Stéphane Werly  
Préposé cantonal