



Accès aux documents (art. 24 ss LIPAD) : Directives internes au Ministère public qui déterminent les cadres et conditions des peines à infliger aux auteurs de certains délits – D. (demandeur) contre Ministère public de la République et canton de Genève

Recommandation du 29 juillet 2014

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), le demandeur a déposé une requête par lettre du 7 mars 2014 auprès de Monsieur le Procureur général demandant de recevoir « copie des directives internes au Ministère public qui déterminent les cadres et conditions des peines à infliger aux auteurs de certains délits ».
2. Dans sa requête, le demandeur précise par ailleurs qu'en tant que participant au comité de soutien à la candidature de Pierre Bayenet, il estime « indispensable que le débat démocratique porte aussi sur ces directives et leur contenu ».
3. Par courrier du 28 mars 2014, le Ministère public a répondu qu'il étudiait la demande.
4. Le 8 avril 2014, considérant que le Ministère public tardait à lui répondre, le demandeur s'est adressé par lettre au Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence en lui présentant une requête d'accès aux documents fondée sur l'art. 30, al. 2, deuxième phrase LIPAD.
5. Le 16 mai 2014, le Préposé cantonal a eu un entretien téléphonique avec Mme Sophie Varga Lang, Directrice auprès du Ministère public, dont il résultait qu'elle allait s'entretenir de cette requête avec M. Olivier Jornot, Procureur général.
6. Le 16 avril 2014, le Préposé cantonal a cherché à joindre par téléphone M. D., qui était temporairement absent.
7. Le 6 mai 2014, Mme Sophie Varga Lang a informé le Préposé cantonal qu'elle allait s'entretenir avec le Procureur général très prochainement.
8. En date du 3 juin 2014, le Préposé cantonal a adressé un courriel à Mme Sophie Varga Lang soulignant que conformément aux entretiens téléphoniques des 16 avril et 6 mai 2014, il remerciait le Ministère public de prendre position sur la requête du demandeur.
9. Le 3 juin 2014, une lettre recommandée a été adressée à M. D. par laquelle le Ministère public rejette la demande d'accès en précisant que le Préposé peut être saisi d'une demande de médiation dans les 10 jours selon les art. 28, al. 6 et 30 LIPAD.

10. Tout en rappelant que l'art. 25, al. 2 soumet les directives au droit d'accès, le Ministère public est d'avis que l'art. 26, al. 1 LIPAD qui traite des exceptions est applicable en l'espèce dès lors qu'il existe un intérêt public prépondérant qui s'oppose à un tel accès.
11. En sa qualité d'autorité de poursuite pénale, le Ministère public est responsable de l'exercice uniforme de l'action publique à teneur de l'art. 16, al. 1 du code de procédure pénale suisse, du 5 octobre 2007 (CPP RS 312.0), tâche qui de son point de vue suppose « *l'unification des pratiques des magistrats, notamment en matière de procédure à forte occurrence. Les directives internes en matière de peines répondent à cet objectif* ».
12. Or, à cet égard, le Ministère public est d'avis que : « *leur publication affaiblirait la position du Ministère public et, partant, la sécurité publique. Elle empêcherait la mise en œuvre du droit fédéral* ».
13. Le 13 juin 2014, Me D. a écrit par lettre recommandée au Préposé cantonal. Constatant en préambule que le Ministère public a pris trois mois pour examiner sa demande, il ne partage pas l'avis exprimé quant à l'application de l'art. 16, al. 1 CPP.
14. Cette disposition serait relative à la décision du Ministère public d'ouvrir ou non une procédure pénale et à définir, cas échéant, des priorités quant aux infractions à poursuivre. Or, les directives concernant les peines ne sont pas directement concernées par le sujet même de la décision d'ouvrir ou non une procédure pénale ou celle de prioriser les poursuites contre certaines infractions déterminées.
15. Selon lui, les directives en matière de peines ne sont pas formellement prévues par le CPP, contrairement aux directives à l'égard de la police (art. 306, al. 1 et art. 307, al. 1 et 2 CPP).
16. Le demandeur remarque par ailleurs que le principe fondamental en matière de fixation de peine est celui de l'individualisation de la peine en fonction de la culpabilité de l'auteur, de sa situation personnelle et de l'effet de la peine sur son avenir (art. 47 CP – code pénal suisse, du 21 décembre 1937, RS 311.0). Dès lors, il met en doute l'argumentation selon laquelle de telles directives contribueraient à la mise en œuvre du droit fédéral et qu'en tous les cas, le secret à l'égard de telles directives ne serait pas indispensable à la mise en œuvre dudit droit fédéral.
17. Le demandeur fait également remarquer que, dans tous les cas, il est évidemment nécessaire que le public soit informé sur les modalités de l'action du Ministère public contre la délinquance et sur sa politique criminelle. Dès lors, il considère que les directives internes du Ministère public font partie de ce contexte et ne doivent pas être cachées au public.
18. En conclusion de sa lettre, le demandeur prie le Préposé cantonal d'intervenir en vue d'une médiation.
19. Le 17 juin 2014, le Préposé cantonal s'est adressé aux parties par courriel pour fixer la date de la rencontre de médiation au 25 juin 2014 à 8h00 dans ses locaux rue David-Dufour n° 5, au 8^e étage.
20. 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 RIPAD).

21. La médiation a eu lieu comme convenu et n'a pas permis d'aboutir à un accord.
22. 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.

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

23. L'entrée en vigueur de la LIPAD le 1^{er} 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.
24. Avec la LIPAD, 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).
25. La LIPAD est applicable au secteur public cantonal et communal ainsi qu'aux institutions publiques cantonales, communales et intercommunale. 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.
26. 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* »¹.
27. 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.
28. 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.
29. 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* ».
30. 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* ».
31. 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.
32. 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

¹ 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.

de l'ensemble des ordonnances administratives organisationnelles ou interprétatives (art. 4, al. 1 let. a RIPAD).

33. 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* ».
34. A teneur de l'art. 27, al. 1 LIPAD, l'institution requise doit préférer répondre partiellement plutôt que de refuser toute entrée en matière.
35. Le principe de transparence n'est toutefois pas absolu. Des exceptions à l'information du public sont possibles si les conditions d'exceptions 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 :
- « *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.*
 - e) *rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives.* »
36. Concernant les exceptions au droit d'accès, s'agissant particulièrement de la lettre a de l'art. 26, al. 2 LIPAD, l'exposé des motifs du Conseil d'Etat précise, évoquant la lutte contre les catastrophes, le terrorisme et les émeutes : « *La sécurité de l'Etat doit être comprise au sens étroit du terme. Les mesures prises en vue de prévenir ou d'empêcher des actes de nature à mettre en cause l'existence même de l'Etat démocratique ne doivent pas être compromises par la communication de documents. Plus largement, une telle communication ne doit pas non plus intervenir si elle est de nature à rendre inefficaces les mesures prises pour assurer la sécurité publique, ou si elle est susceptible de compromettre le bon fonctionnement de l'institution.* »².
37. Pour ce qui a trait aux lettres d et e de l'art. 26, al. 2 LIPAD, l'exposé des motifs souligne en outre : « *Ces deux dispositions s'inscrivent dans le droit fil d'autres*

² 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. 63.

dispositions de la LIPAD relatives au pouvoir judiciaire et aux autorités de police, dans la mesure où les activités de ces institutions se trouvent pour l'essentiel régies par des lois spécifiques. Ces deux dispositions établissent ainsi un joint entre la LIPAD et ces lois, qui sont notamment la loi sur l'organisation judiciaire et les lois de procédure, en particulier le code de procédure pénale. Les enquêtes dont il est question à la lettre d peuvent toutefois aussi être des enquêtes disciplinaires menées à l'égard de membres du personnel de la fonction publique. En combinaison avec la lettre e visant notamment la loi sur la procédure administrative, il peut également s'agir des nombreuses enquêtes que l'application des lois peut commander de mener. »³.

38. 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 LIPAD).
39. L'art. 26, al. 4 LIPAD exclut encore : « du droit d'accès les documents à la communication desquels le droit fédéral ou une loi cantonale fait obstacle ». A notre connaissance, il n'existe aucune base légale fédérale ou cantonale qui s'oppose à une telle communication.
40. Dans ce contexte, l'on peut également relever que le code pénal suisse⁴, le code de procédure pénale fédéral⁵ ou encore la loi fédérale sur les étrangers⁶, qui contient les sanctions pénales à infliger aux personnes en situation irrégulière sur le territoire, ne délèguent pas de compétence aux cantons en vue de l'adoption de telles directives.
41. S'agissant du droit cantonal, la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ ; RSGe E 2 05) décline à son article 79 les compétences du Procureur général sans prévoir de délégation formelle de compétence en vue de la rédaction de directives :
- « ¹ Le procureur général organise et dirige le Ministère public.
² A cette fin, il :
- a) définit la politique présidant à la poursuite des infractions;
 - b) attribue les procédures et modifie s'il y a lieu les dispositions prises à cet égard;
 - c) veille à ce que les magistrats du Ministère public remplissent leur charge avec dignité, rigueur, assiduité, diligence et humanité;
 - d) veille au bon fonctionnement du Ministère public et à l'avancement des procédures;
 - e) édicte le règlement de la juridiction;
 - f) arrête entre 3 et 5 le nombre des premiers procureurs et la composition des sections;
 - g) désigne parmi les procureurs ou premiers procureurs ceux qui sont chargés d'exercer les fonctions de procureur des mineurs;
 - h) convoque la séance plénière du Ministère public;
 - i) exerce les autres attributions que la loi lui confère.
- ³ Il exerce les compétences prévues à l'alinéa 2, lettres e, f et g, après avoir consulté la séance plénière du Ministère public. ».
42. Se fondant sur l'art. 79, al. 2, lettre e et al. 3 LOJ, le Ministère public a édicté, le 10 septembre 2013, son propre règlement qui a été approuvé par la commission du pouvoir judiciaire le 26 septembre 2013. L'art. 1, al. 1 prévoit que : « Le procureur général exerce sa compétence d'organisation et de direction du Ministère public

³ 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. 65.

⁴ Code pénal suisse, du 21 décembre 1937, RS 311.0.

⁵ Code de procédure pénale, du 5 octobre 2007, RS 312.0.

⁶ Loi fédérale sur les étrangers, du 16 décembre 2005, RS 142.20.

notamment par le biais de directives. ». Le caractère secret des directives n'y est pas mentionné.

43. 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.
44. 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.
45. L'al. 8 de l'art. 10 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).
46. 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).
47. 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
48. 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.

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

49. 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.

50. Les directives ont généralement vocation à traiter de modalités pratiques d'application de la loi⁷. Les directives émanant de l'administration cantonale figurent sur le site internet ou intranet de l'Etat de Genève, par thème, à l'exemple des directives relatives aux subventions⁸ ou des directives de chaque département, à l'exemple de celles concernant le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie (DALE)⁹. Lorsque tel n'est pas le cas, elles font clairement partie des documents pour lesquels existe un droit d'accès.
51. Le Tribunal fédéral remarque quant à la notion : « Ces actes contiennent au premier chef des règles visant le comportement interne. ... Les ordonnances administratives se rencontrent dans toutes sortes de domaines. ... on distingue en particulier les ordonnances administratives de nature organisationnelle, qui régissent l'organisation de l'administration et l'exécution des tâches de celles-ci, et les ordonnances interprétatives (appelées directives ou instructions) qui visent à une application du droit uniforme et égalitaire en agissant sur l'exercice du pouvoir d'appréciation et l'application des dispositions formulées de façon indéterminée »¹⁰.
52. Dans un arrêt du 7 mars 2006, le Tribunal administratif précisa par ailleurs : « si les directives, circulaires ou instructions émises par l'administration ne peuvent contenir de règles de droit, elles peuvent cependant apporter des précisions quant à certaines notions contenues dans la loi ou quant à la mise en pratique de celle-ci. Sans être lié par elles, le juge peut néanmoins les prendre en considération en vue d'assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré. »¹¹.
53. Il n'appartient pas au Préposé cantonal de procéder à une analyse juridique étendue sur la question de la compétence réservée ou non par le droit fédéral au Ministère public d'adopter des directives. En l'état, il peut toutefois être retenu que le droit fédéral et le droit cantonal ne contiennent pas de disposition s'opposant spécifiquement à la communication de telles directives.
54. C'est au regard de la LIPAD, au regard du principe du droit d'accès et des exceptions prévues par l'art. 26, al. 2 LIPAD, que le Préposé cantonal doit se prononcer sur le point de savoir si ces directives doivent être rendues publiques ou rester secrètes.
55. Pour résoudre cette question, c'est le but poursuivi par les directives en cause qui doit servir de guide.
56. Si les directives contiennent des informations dont la révélation pourrait contribuer à la commission d'infractions, parce qu'elles décrivent les modes opératoires des criminels, qu'elles donnent des indications sur des lieux identifiés comme étant à risque parce qu'étant dans des zones insuffisamment protégés, il y aurait là un véritable risque d'atteinte à la sécurité publique au sens où l'entend l'art. 26, al. 2, lettre a LIPAD.
57. Si les directives visent à aménager des mesures de surveillance ou de contrôle dans les domaines de la sécurité de l'Etat et ont pour but de prévenir la commission d'infractions à des lois ou des règlements, l'on se trouverait également dans un cas d'exception à la transparence.

⁷ Sur la notion de directive, voir la typologie définie par Fabien Waelti, La « directive » dans le paysage administratif genevois, in : Actualités juridiques de droit public 2011, Staempfli, 2011, Berne, pp. 123 à 163.

⁸ http://ge.ch/dares/subventions/bases_legales_directives-1133.html

⁹ <http://www.ge.ch/dale/Directives.asp>

¹⁰ ATF 128 I 167, consid. 4.3, SJ 2002 I 457.

¹¹ ATA/111/2006, du 7 mars 2006, consid. 6b.

58. Si les directives sont en lien avec des enquêtes en cours (art. 26, al. 2, lettre d) ou des dossiers (art. 26, al. 2, lettre e) que leur révélation pourrait compromettre, alors l'on se trouverait dans le cadre de l'une des deux exceptions susmentionnées.
59. Or, les directives du Ministère public n'ont d'autre objectif que de veiller à la bonne administration de la justice en cherchant à faire de sorte que les sanctions infligées par les différents magistrats du Ministère public puissent dans toute la mesure du possible l'être de façon harmonisée, des situations comparables ne devant pas être traitées différemment.
60. C'est bien ainsi que l'entend le Ministère public lorsqu'il explique, dans sa lettre du 5 juin 2014 au demandeur, qu'il « *est responsable de l'exercice uniforme de l'action publique. Cette tâche suppose l'unification des pratiques des magistrats, notamment en matière de procédures à forte occurrence. Les directives internes en matière de peines visent cet objectif* ».
61. Il n'y a pas lieu, dès lors, de considérer que la sécurité publique serait mise en danger si le Ministère public devait permettre, du fait de la procédure d'accès aux documents prévue par la LIPAD, un regard sur les directives qu'il a adoptées pour veiller à l'application du droit.

RECOMMANDATION

62. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Préposé cantonal recommande que le Procureur général communique au demandeur les directives internes au Ministère public qui déterminent les cadres et les conditions des peines à infliger aux auteurs de certains délits.
63. 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).
64. La recommandation est notifiée par courrier recommandé à :
- a. M. Olivier Jornot, Procureur général, Ministère public, route de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy
 - b. M. D., (demandeur), avocat, [REDACTED]

Pascale Byrne-Sutton
Préposée adjointe