



réf : R 2012_006/17.12.12/ID

RECOMMANDATION du 10 décembre 2012 en l'affaire A. c/ DIP

Au mois de juin 2012, Monsieur A. (ci-après le requérant) a sollicité l'accès à divers documents auprès du département de l'instruction publique, de la culture et du sport (ci-après l'institution ou le département). N'obtenant pas de réponse, il a sollicité l'intervention du bureau des préposées à la protection des données et à la transparence, qui a interpellé la responsable LIPAD par courriel du 8 octobre, et l'a invitée à donner réponse rapidement. Le 11 octobre, l'institution a indiqué avoir décidé de recourir aux conseils d'un avocat pour traiter la demande.

Par courriel du 13 octobre, le requérant a précisé sa demande à l'institution, indiquant souhaiter consulter « les documents qui se trouvent à la présidence ou au secrétariat général du département » concernant son fils et/ou lui-même, en particulier « l'ensemble de la correspondance » du département avec l'avocat (postale, électronique ou autre) y compris « les notes d'honoraires, détails des prestations effectuées et lettres de couverture ».

Par courrier du 29 octobre, l'institution, par la voix de son conseil, a refusé la consultation de ces pièces, faisant valoir les exceptions au droit d'accès de l'article 26 al. 1 let. i) et j) LIPAD, relatives aux informations couvertes par des secrets professionnels, ou dont la communication donnerait à des tiers un avantage indu. Le requérant indique vouloir s'assurer qu'il a eu accès à toutes les pièces du dossier dans le cadre de la précédente procédure qui l'a opposé au département, notamment par la consultation du détail des prestations fournies par le mandataire de l'époque du département. Or, l'accès au détail de ces activités serait de nature à révéler des informations sur la stratégie discutée entre l'avocat et son client, couvertes par le secret professionnel, et dont la divulgation donnerait un avantage indu au requérant dans le cadre de la poursuite de ses démarches envers l'institution. Par ailleurs, accéder à cette demande reviendrait à ouvrir la voie à des procédures en série, le citoyen pouvant ainsi systématiquement demander l'accès au détail de l'intervention d'un avocat à l'issue d'une procédure.

La préposée suppléante, saisie du dossier, a contacté les parties afin de recueillir de manière informelle leur avis. Cela fait, elle a constaté que les conditions pour une rencontre commune, en application de l'art. 30 LIPAD, n'étaient pas réalisées, de sorte qu'il fallait constater que la médiation n'avait pas abouti.

La préposée a reçu le dossier en vue d'une recommandation, et a sollicité du département la consultation, à titre confidentiel, au sens de l'article 30 al. 3 LIPAD, des pièces litigieuses. Celles-ci lui ont été remises le 26 novembre 2012. Il sera revenu à leur contenu en tant que de besoin ultérieurement.

Les parties ont procédé chacune à des observations spontanées. Par courriel du 21 novembre, le requérant avait confirmé sa demande du 26 juin 2012, telle que rappelée ci-dessus. S'il a pu, depuis, consulter certains documents, il n'a pas eu accès à l'échange de correspondance. Quant aux arguments qui lui sont opposés, il conteste l'application du secret professionnel pour des pièces remises par l'avocat au client ou à des tiers, et conteste également obtenir par la communication de ces informations un avantage indu. Enfin, soustraire ces pièces du droit de consultation, restreindrait par trop le droit d'accès des citoyens à leurs données personnelles, au motif qu'une institution se ferait conseiller par un avocat.

Par courrier du 3 décembre, le conseil du département a confirmé sa position. Les seules pièces litigieuses - vu la précédente procédure ayant porté sur l'accès au dossier aujourd'hui

entrée en force de chose jugée - sont l'échange de correspondance entre l'institution et son précédent conseil et les notes d'honoraires et détails des activités de ce dernier. En annexe est joint la détermination de celui-ci sur la demande, selon lequel son intérêt à la protection de sa sphère privée serait prépondérant à la curiosité du requérant.

Le requérant se détermine à nouveau par courriel du même jour. Il demande que le courrier annexé soit écarté du dossier, et se demande, par ailleurs, si ce courrier figure bien dans les pièces remises à la préposée. Il confirme, pour le surplus, sa requête du mois de juin 2012. Il sollicite, enfin, de recevoir copie du courrier du 9 octobre 2012 auquel le précédent mandataire répond dans l'annexe.

Dispositions légales

La loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données (ci-après LIPAD) a deux volets : l'accès aux documents d'une part (transparence), et l'accès à ses données personnelles d'autre part. Une procédure est prévue pour l'exercice de chacun de ces droits.

A) Le premier droit concerne celui des citoyennes et citoyens à obtenir des institutions soumises à la loi les informations qui sont de nature à les intéresser (article 18 al. 1 LIPAD). Toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi. L'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 1 et 2 LIPAD).

Au sens de la loi, les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution 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. 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. 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).

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. Lorsque l'obstacle à la communication d'un document a un caractère temporaire, l'accès au document doit être différé jusqu'au terme susceptible d'être précisé plutôt que simplement refusé. La décision de donner un accès total, partiel ou différé à un document peut être assortie de charges lorsque cela permet de sauvegarder suffisamment les intérêts à protéger (art. 27 LIPAD).

L'art. 26 LIPAD prévoit les exceptions suivantes à l'accès aux documents :

¹ « Les documents à la communication desquels un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose sont soustraits au droit d'accès institué par la présente loi.

² 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.

³ Les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs sont exclues du droit d'accès institué par la présente loi.

⁴ Sont également exclus du droit d'accès les documents à la communication desquels le droit fédéral ou une loi cantonale fait obstacle.

⁵ L'institution peut refuser de donner suite à une demande d'accès à un document dont la satisfaction entraînerait un travail manifestement disproportionné ».

B) Le droit d'accéder à ses données personnelles, quant à lui, est régi par les art. 44 et ss LIPAD. Aux termes de l'article 44 LIPAD, toute personne, physique ou morale peut demander au responsable LIPAD de l'institution si cette dernière traite des données la concernant. Le responsable LIPAD doit lui communiquer toutes les données la concernant contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données et, sur demande, les informations relatives au fichier considéré contenues dans le catalogue des fichiers. Lorsque les données personnelles sont contenues dans un dossier (dossier du personnel, dossier d'élève, dossier d'un bénéficiaire de prestations sociales,...), ce droit porte sur le contenu de ce dossier. En effet, seul le dossier de police n'est pas soumis à la LIPAD mais à la loi sur les renseignements et les dossiers de police et la délivrance des certificats de bonne vie et mœurs (LCBVM – F 1 25).

L'article 46 LIPAD prévoit les restrictions suivantes à l'accès aux données personnelles :

¹ L'accès aux données personnelles ne peut être refusé que si un intérêt public ou privé prépondérant le justifie, en particulier lorsque :

- a) il rendrait inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives ;
- b) la protection de données personnelles sensibles de tiers l'exige impérativement ;
- c) le droit fédéral ou une loi cantonale le prévoit expressément.

² Un accès partiel ou différé doit être préféré à un refus d'accès dans la mesure où l'intérêt public ou privé opposé reste sauvegardé.

La satisfaction d'une demande impliquant un travail disproportionné peut être subordonné au paiement préalable d'un émolument (art. 44 al. 3 LIPAD).

Par ailleurs, l'article 47 alinéa 1 LIPAD dispose que toute personne physique ou morale, peut, à propos des données la concernant, exiger des institutions publiques qu'elles : s'abstiennent de procéder à un traitement illicite (let. a); mettent fin à un traitement illicite et en supprime les effets (let. b); constatent le caractère illicite du traitement (let. c); s'abstiennent de les communiquer à des personnes de droit privé à des fins d'exploitation commerciale (let. d). L'alinéa 2 prévoit qu'elle peut, sauf disposition légale contraire, obtenir des institutions qu'elles : détruisent les données qui ne sont pas pertinentes ou nécessaires (let. a); rectifient, complètent ou mettent à jour celles qui sont inexactes, incomplètes ou dépassées (let. b); fassent figurer, en regard de celles dont ni l'exactitude ni l'inexactitude ne peuvent être prouvées, une mention appropriée, à transmettre lors de leur communication éventuelle (let. c) ; s'abstiennent de communiquer celles qui ne sont ni pertinentes et néces-

saies à l'accomplissement des tâches légales de l'institution, ni exactes et mises à jour ; publient ou communiquent la décision prise à la suite de la requête concernant les données qui ne répondent pas aux exigences de qualité requises.

Considérations générales

Il convient avant tout de savoir si la demande du requérant est une demande d'accès aux documents – traitée comme telle par les parties jusqu'alors - ou une demande d'accès à ses données personnelles.

Lorsqu'un citoyen sollicite d'une institution la communication de notes d'honoraires d'avocats mandatés par elle ou de correspondances, il exerce son droit d'accès aux documents.

Toutefois, lorsque le requérant - comme ici - sollicite l'accès à l'ensemble d'une correspondance entre l'institution et son avocat et les notes d'honoraires de celui-ci, concernant son propre dossier ou la procédure passée ayant concerné son fils, il semble davantage faire valoir son propre droit d'accès à ses données personnelles. L'on est conforté dans cette thèse lorsque l'on prend en compte l'objectif visé par le requérant, qui indique souhaiter par là s'assurer qu'il a eu accès à toutes les pièces du dossier dans le cadre de la précédente procédure qui l'a opposé au département, et ne pas avoir d'intérêt à connaître le montant des honoraires en question.

Cela étant, rien n'empêche qu'un requérant fasse valoir les deux droits à la fois, en sa qualité de citoyen, d'une part, et en sa qualité de personne concernée par ses données personnelles. Lorsqu'aucun accord n'est trouvé entre les parties, une recommandation est d'ailleurs rendue dans les deux cas. Ainsi, la demande du requérant pourrait être examinée sous ces deux aspects. Cependant, tel ne sera pas le cas pour les raisons suivantes :

Le dossier remis à la préposée contient deux types de documents : d'une part, les relevés d'honoraires du mandataire de l'institution, accompagnés de leur page de garde, pour la période du 12 octobre 2010 au 27 décembre 2011; d'autre part, la correspondance, essentiellement électronique, échangée entre l'institution et son mandataire du 19 novembre 2010 au 30 novembre 2011, y compris des annexes (copie de courriels du/au requérant, de courriers à la préposée, de courriers de/à la chambre administrative de la Cour de justice). Or, il y a lieu de considérer que ces documents ne font pas partie du dossier de la personne (en l'occurrence le dossier du fils du requérant auprès du DIP), mais des dossiers administratifs de l'institution. Certes reliés à une affaire donnée, les relevés d'honoraires d'avocats mandatés par l'institution sont sans pertinence pour le dossier de la personne, alors qu'ils revêtent une grande importance pour la comptabilité de l'institution. De même, les correspondances entre l'institution et son mandataire - au contraire des annexes mentionnées ci-dessus, connues du requérant - appartiennent au secrétariat général de l'institution et non au dossier de la personne. Enfin, le droit à la consultation du dossier en main du département a déjà donné lieu à une procédure, aujourd'hui terminée. C'est par conséquent sous l'angle de l'accès aux documents, et des articles 24 à 30 LIPAD qu'il convient de déterminer si leur communication requérant est possible ou non.

Des exceptions prévues par l'article 26 LIPAD, énoncées ci-dessus, l'on peut d'ores et déjà exclure la mise en péril de la sécurité de l'État (let. a), la mise en péril des intérêts patrimoniaux légitimes ou des droits immatériels de l'institution (let. b), l'entrave à d'éventuelles enquêtes (let. d), le risque de rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives (let. e), le risque de rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (let. f), la révélation d'informations médicales (let. h), et la révélation de résultats de recherches scientifiques ou de délibérations et votes intervenus à huis clos (let. k et l), qui n'ont pas de pertinence ici.

Relevés d'honoraires et leur page de garde

Au sens de la LIPAD, les notes de frais et honoraires d'avocats sont des documents accessibles, sur demande, au public, sous réserve de la suppression, cas échéant, de certaines données personnelles lorsqu'une des exceptions de l'article 26 LIPAD est réalisée. Toutefois, l'exception relative à l'atteinte à la sphère privée ou familiale (let. g), ne peut pas être invoquée. Selon l'exposé des motifs relatif au PL 8356¹, en effet, « 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 ».

Ainsi, il apparaît que l'accès aux relevés d'honoraires et leurs pages de garde doit être accordé au requérant, de même que l'accès aux relevés détaillés, sous réserve de la présence dans ces derniers de données personnelles protégées par les exceptions de l'article 26 LIPAD, comme le nom d'un tiers par exemple. Si l'intérêt public à connaître de ces éléments de détail peut paraître a priori peu marqué, il convient de relever qu'ils sont nécessaires à une appréciation de la note de frais et honoraires à laquelle ils sont relatifs. À tout le moins le nombre d'actes ou d'actions effectuées pour la période d'activité concernée doit-il être communiqué.

À noter que l'on ne saurait opposer au droit d'accès l'exception de l'avantage indu donné à un tiers (let. j). D'une part, comme le relève le requérant, le fait qu'il soit lui-même avocat ne saurait entrer en considération, tant il est vrai que les demandes de droit d'accès faites par les citoyennes et citoyens n'ont pas à être motivées et ne sont pas examinées au regard de leur profil mais de l'existence ou pas d'un document, et de son caractère accessible ou non en application de la loi ; d'autre part, la divulgation des montants d'honoraires versés par une institution à un mandataire ou à un autre peut certes déplaire à ceux-ci mais procède d'une saine concurrence.

 Échange de correspondance

Tout d'abord, il y a lieu de distinguer l'échange de correspondance des notes à usage personnel : « L'alinéa 3 exclut de la notion de document les notes à usage personnel (à savoir les notes prises à l'usage exclusif de celui qui les prend, et non les notes adressées même confidentiellement à une personne déterminée) ainsi que les brouillons ou autres textes inachevés. Quand bien même elles concerneraient l'accomplissement de tâches publiques, des notes à usage personnel de collaborateurs de la fonction publique relèvent en quelque sorte de la sphère privée de ces derniers. Il importe par ailleurs que les rédacteurs de documents puissent faire évoluer leurs textes et travailler dans des conditions de sérénité avant qu'il ne soit possible d'accéder au produit de leur travail ¹ ». L'échange de correspondance est donc a priori un document accessible au public, comme l'article 25 LIPAD susmentionné le prévoit expressément.

Toutefois, s'agissant d'un échange entre une institution et son mandataire, en lien avec une procédure, comme en l'espèce, il y a lieu de retenir l'exception prévue à la lettre c), relative à l'entrave à un processus décisionnel ou à une position de négociation, que l'exposé des motifs précité illustre comme suit :

¹ PL 8356, Projet de loi sur l'information du public et l'accès aux documents, 9.10.2000, p. 63-68

« La sauvegarde du processus décisionnel représente une exception classique au droit d'accès aux documents. Il s'agit de préserver la faculté des organes et administrations des institutions de réfléchir, de consulter, de rédiger plusieurs projets d'une éventuelle décision avant d'arrêter son choix. Plutôt que de supprimer purement et simplement l'accès à des documents préparatoires tant que la décision n'a pas été prise, la formule retenue limite le refus d'accès aux documents relatifs à une décision en préparation au cas où une telle communication serait de nature à entraver notablement le processus décisionnel, par souci de ne pas vider le principe de la transparence de sa substance. Il importe également que la communication de documents ne compromette pas des négociations en cours, que ce soit sur un plan purement politique (par exemple dans le cadre de discussions avec les représentants de la fonction publique), sur le plan de relations avec d'autres institutions ou collectivités publiques, sur le plan de relations de droit public (par exemple en matière d'octroi de concessions) ou encore sur le plan de relations contractuelles soumises au droit privé ¹ ».

Dans ce contexte, la stratégie de négociation ou de défense des intérêts de l'institution doit rester confidentielle, en tout temps, et échappe par conséquent au droit d'accès des citoyennes et citoyens. Il faut garder à l'esprit le but du droit d'accès aux documents qui est que les citoyennes et citoyens puissent être informés utilement. La stratégie de négociation n'est pas de cette nature. À noter que le requérant sollicite cette échange de correspondance non en sa qualité de simple citoyen mais en tant que partie concernée. Or, comme on l'a vu plus haut, ces documents ne font pas partie de son dossier. L'échange de correspondance entre le département et son mandataire n'a donc pas à être communiqué au requérant.

RECOMMANDATION

Vu ce qui précède, la préposée recommande au département de l'instruction publique, de la culture et du sport de rendre une décision accordant le droit d'accès au requérant aux relevés d'honoraires, pages de garde et relevés détaillés pour la période du 12 octobre 2010 au 27 décembre 2011, et refusant le droit d'accès à l'échange de correspondance entre l'institution et son mandataire du 19 novembre 2010 au 30 novembre 2011.

Elle l'invite à rendre sa décision dans les dix jours à réception de la présente.

Isabelle Dubois
Préposée