



Demande d'accès à un courriel de l'Université de Genève

Recommandation du 29 mars 2021

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

1. Par courriel du 21 septembre 2020, Me X. a saisi le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après le Préposé cantonal) d'une demande de médiation.
2. Il explique en substance représenter le Professeur Y. dans un conflit qui l'oppose à l'Université de Genève (ci-après UNIGE). Ce dernier, qui fait l'objet d'une enquête administrative, souhaite accéder à un document que l'UNIGE indique avoir adressé à Mme Z.
3. L'avocat ajoute que, malgré sa requête, il n'a reçu que le "rappel" de cette lettre et non la lettre initiale. Pour lui, dans la mesure où le nom de son client apparaît dans ce document et que ce dernier est partie à une procédure administrative auquel Mme Z. est plaignante, ce courrier doit lui être remis.
4. Était annexé au message électronique la réponse du recteur de l'UNIGE datée du 18 septembre 2020 rejetant la requête de Me X. en ces termes: "*La demande que j'ai adressée à Madame Z. au sujet de la confidentialité de la procédure ouverte suite à sa plainte fait partie de son dossier administratif. L'article 7 alinéa 2 RIPAD prévoit qu'est notamment soustrait au droit d'accès prévu par la LIPAD le dossier administratif du membre du personnel*".
5. La médiation a eu lieu le 2 novembre 2020, en présence de Me A. (avocat du requérant), M. Y. (demandeur), Mme Natacha Hausmann (responsable LIPAD de l'UNIGE) et de la Préposée adjointe.
6. Au terme de la rencontre, les parties ont convenu de suspendre le processus.
7. Dans un courriel du 23 février 2021 adressé au conseil du demandeur, les Préposés ont posé la question de savoir si une recommandation était souhaitée.
8. Le même jour, Me X. a informé vouloir qu'une recommandation soit rendue par le Préposé cantonal.
9. Le 16 mars 2021, ce dernier a sollicité de la responsable LIPAD de l'UNIGE la transmission du document faisant l'objet du litige.
10. Le jour suivant, il a reçu copie des échanges intervenus entre le recteur et Mme Z. concernant la procédure ouverte à l'endroit du Professeur Y. Pour la responsable LIPAD, "*Des demandes de type comportemental adressées à une collaboratrice de l'UNIGE relevant de son dossier RH, nous avons considéré que les échanges en question étaient soustraits au droit d'accès en application de l'art. 7 al. 2, let. c RIPAD. De plus, selon nous, la requête d'accès du Professeur Y. ne s'inscrit nullement dans le cadre du but du principe de la transparence qui est de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 1 al. 2 let. a LIPAD)*".

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

11. 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).
12. 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 litt. a LIPAD).
13. A ce propos, l'exposé des motifs relatif à l'avant-projet (PL 8356) relève: "*La transparence des activités étatiques et para-étatiques visée par la LIPAD a pour finalité de favoriser la libre formation de l'opinion publique et la participation des citoyens à la vie publique. En raison de l'importance que les collectivités publiques ont prises dans la vie moderne, une transparence accrue dans leur fonctionnement est de nature à permettre une meilleure formation de l'opinion publique. Elle est propre également à renforcer l'intérêt des citoyens pour le fonctionnement des institutions et à les inciter à mieux s'investir dans la prise des décisions démocratiques. Dans une démocratie semi-directe, qui appelle fréquemment les citoyens aux urnes sur les sujets les plus variés, la recherche d'une participation accrue grâce à une opinion publique librement formée présente un intérêt majeur*".
14. Toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi (art. 24 al. 1 LIPAD). L'accès aux documents comprend la consultation sur place et l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 2 LIPAD).
15. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD). Le droit d'accès aux documents est ainsi un droit reconnu à chacun, sans restriction liée notamment à la démonstration d'un intérêt digne de protection.
16. Les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution publique contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique (art. 25 al. 1 LIPAD).
17. Sont notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (art. 25 al. 2 LIPAD).
18. 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. 3 LIPAD).
19. 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).
20. 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.
21. Sont notamment exclus du droit d'accès les documents dont l'accès est propre à compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par

la loi (art. 26 al. 2 litt. d LIPAD) ou à rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives (art. 26 al. 2 litt. e LIPAD). L'exposé des motifs à l'appui du PL 8356 précise: "*Ces deux dispositions s'inscrivent dans le droit fil d'autres 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*" (MGC 2000 45/VIII 7696). A ce propos, selon la Chambre administrative de la Cour de justice, un rapport portant précisément sur le complexe de faits à élucider ne doit pas être transmis, faute de quoi cela entrerait directement en contradiction avec les dispositions pénales limitant l'accès au dossier (ATA/297/2004 du 6 avril 2004). Le Préposé cantonal a retenu cette exception dans le cadre d'une demande d'accès à des procès-verbaux relatifs à des délibérations dans le cadre de marchés publics et dont le contenu pouvait être pertinent pour le déroulement d'une enquête pénale en cours (<https://www.ge.ch/ppdt/doc/documentation/Recommandation-22-aout-2018.pdf>), ainsi que s'agissant de la prise de position d'un Conseiller d'Etat auprès du Ministère public, dans le cadre d'une enquête pénale (<https://www.ge.ch/ppdt/doc/documentation/Recommandation-20-aout-2018.pdf>).

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a estimé qu'il faut distinguer, d'une part, entre les documents élaborés en dehors d'une procédure judiciaire (et pas non plus explicitement en vue d'une telle procédure) et, d'autre part, les documents qui ont été ordonnés expressément dans le cadre d'une procédure judiciaire (par exemple un échange d'écritures ou une expertise mise en œuvre par les autorités judiciaires). C'est seulement pour ces derniers que le principe de la transparence ne s'applique pas (arrêt du Tribunal fédéral du 12 janvier 2021, 1C_367/2020).

22. Selon l'art. 7 al. 2 litt. c RIPAD, est notamment soustrait au droit d'accès "*le dossier administratif du membre du personnel, au sens des articles 17 du 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, 17 du règlement fixant le statut des membres du corps enseignant primaire, secondaire et tertiaire B, du 12 juin 2002, 61 du règlement fixant le statut du corps enseignant HES, du 10 octobre 2001, et 15 du règlement sur la collaboration hospitalo-universitaire et le statut du corps professoral, du 19 janvier 2011*".
23. 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 la 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).
24. 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.

25. 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. 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 RIPAD).
26. 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).
27. S'agissant des parties à la médiation, il y a 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.
28. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
29. 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).
30. 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.
31. Les art. 81 à 83 du règlement sur le personnel de l'Université, entré en vigueur le 17 mars 2009, ont trait à la procédure en cas de sanctions disciplinaires contre les membres du corps enseignant et du corps du personnel administratif et technique. Il est précisé que les dispositions de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA; RS-Ge E 5 10) sont applicables, en particulier celles relatives à l'établissement des faits contenues aux art. 18 ss (art. 81 al. 1).

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

32. A teneur de l'art. 1 al. 1 de la loi sur l'université du 13 juin 2008 (LU; RS-Ge C 1 30), l'UNIGE est un établissement de droit public doté de la personnalité morale, placé sous la surveillance du Conseil d'Etat qui l'exerce par l'intermédiaire du Département chargé de l'instruction publique. De la sorte, elle est soumise à la LIPAD, conformément à son art. 3 al. 1 litt. c.
33. Il ressort de l'état de fait que le rectorat de l'UNIGE a ordonné l'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre du Professeur Y. (art. 81 al. 2 du règlement sur le personnel de l'Université), laquelle est toujours pendante.
34. Au niveau de l'établissement des faits, la LPA prévoit notamment la faculté, pour le rectorat, d'obliger tous les participants à la procédure, ainsi que le conseil juridique, le

mandataire professionnellement qualifié ou la personne de confiance à garder le secret sur les informations auxquelles ils ont eu accès dans le cadre de la procédure, lorsque la manifestation de la vérité ou la protection d'un autre intérêt public ou privé prépondérant l'exigent (art. 20A).

35. En 2016, le Tribunal fédéral avait estimé que la LIPAD ne s'appliquait pas aux procédures (civiles, pénales ou administratives) pendantes: *"Il est vrai que la LIPAD ne s'applique pas aux procédures, civiles, pénales et administratives en cours. Le législateur genevois a certes considéré qu'il n'y avait pas de raison de principe de soustraire le pouvoir judiciaire au principe de la transparence sur ses activités. Toutefois, pour les procédures pendantes, les règles relatives à la consultation du dossier sont fixées par les différentes lois de procédure"* (arrêt 1C_604/2015, du 13 juin 2016, cons. 4.4).
36. Deux ans plus tard, notre Haute Cour avait considéré, dans un cas où un recourant, parallèlement à la saisie de la juridiction civile du litige l'opposant à l'Etat, tentait d'obtenir, par le biais de la LIPAD, l'accès à des données personnelles: *"L'art. 46 LIPAD institue des restrictions au droit d'accès fondées sur l'existence d'un intérêt public ou privé prépondérant. Les "restrictions au droit d'accès à des dossiers" (al. 1 let. a) constituent l'un de ces motifs. Cette disposition s'applique aux restrictions au droit d'accès proprement dit, soit aux dispositions du droit de procédure restreignant, pour les parties ou des tiers, l'accès à des dossiers de procédure (cf. les art. 101 ss CPP et 53 al. 2 CPC) [...] Quoiqu'il en soit, une décision rejetant une demande de production de pièces en mains d'une partie concerne l'administration des preuves et ne peut être assimilée à une restriction d'accès au dossier de la procédure civile, les pièces requises n'en faisant d'ailleurs pas encore partie. Au demeurant, ni l'arrêt attaqué, ni le Département n'indiquent quel intérêt prépondérant, public ou privé lié à la procédure civile en cours s'opposerait à ce que le recourant ait accès à son dossier personnel. Le Département évoque dans sa décision l'intérêt de l'Etat à recouvrer sa créance, mais cet intérêt fait précisément l'objet de la procédure civile et rien n'indique que la consultation du dossier personnel du recourant pourrait d'une manière ou d'une autre compromettre ce recouvrement. L'argumentation retenue sur ce point n'apparaît dès lors pas soutenable"* (arrêt 1C_642/2017, du 28 mai 2018, cons. 2.3).
37. Enfin, le 12 janvier 2021 (1C_367/2020), les juges de Mon Repos ont examiné l'art. 3 al. 1 litt. a ch. 1 et 2 LTrans, qui prévoit que la LTrans ne s'applique notamment pas à l'accès aux documents officiels concernant les procédures civiles et pénales. Il a rappelé que, dans son Message du 12 février 2003 relatif à la LTrans, le Conseil fédéral avait indiqué que *"l'accès aux documents relatifs aux procédures administratives et judiciaires énumérées à l'art. 3 let. a est régi par les lois spéciales applicables. Les documents qui, bien qu'ayant un rapport plus large avec les procédures en question, ne font pas partie du dossier de procédure au sens strict, sont en revanche accessibles aux conditions de la loi sur la transparence. La disposition garantissant la formation libre de l'opinion et de la volonté d'une autorité s'appliquera par conséquent chaque fois que la divulgation d'un document officiel est susceptible d'influencer le déroulement de procédures déjà engagées ou d'opérations préliminaires à celles-ci"* (FF 2003 1850). Se ralliant à l'opinion du Préposé fédéral (recommandation du PFPDT du 2 décembre 2019 ch. 15), les juges ont estimé qu'il faut distinguer, d'une part, entre les documents élaborés en dehors d'une procédure judiciaire (et pas non plus explicitement en vue d'une telle procédure) et, d'autre part, les documents qui ont été ordonnés expressément dans le cadre d'une procédure judiciaire (par exemple un échange d'écritures ou une expertise mise en œuvre par les autorités judiciaires). C'est seulement pour ces derniers que le principe de la

transparence ne s'applique pas; les autres documents demeurent accessibles en vertu du principe de la transparence.

38. L'art. 26 al. 2 LIPAD contient un catalogue d'exceptions à la transparence non exhaustif, comme en atteste l'adverbe "notamment". L'art. 7 al. 2 RIPAD énumère également d'autres exceptions, par exemple le dossier administratif du membre du personnel, au sens des articles 17 du 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, 17 du règlement fixant le statut des membres du corps enseignant primaire, secondaire et tertiaire B, du 12 juin 2002, 61 du règlement fixant le statut du corps enseignant HES, du 10 octobre 2001, et 15 du règlement sur la collaboration hospitalo-universitaire et le statut du corps professoral, du 19 janvier 2011 (litt. c). Au-delà de la question de l'application de cette norme à un membre du corps enseignant de l'UNIGE, qui peut présentement rester ouverte, le Préposé cantonal est d'avis que cette exception n'est pas déterminante en l'espèce.
39. En effet, il s'agit davantage d'examiner si la transmission du document litigieux peut compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi (art. 26 al. 2 litt. d LIPAD) ou rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives (art. 26 al. 2 litt. e LIPAD).
40. En l'espèce, une enquête administrative a été ouverte contre un professeur de l'UNIGE. Dans cette hypothèse, les art. 81 à 83 du règlement sur le personnel de l'université s'appliquent. L'art. 81 al. 1 renvoie aux dispositions de la LPA, en particulier aux art. 18 ss. A cet égard, l'art. 44 LPA (consultation du dossier) permet aux parties et à leurs mandataires de consulter au siège de l'autorité les pièces du dossier destinées à servir de fondement à la décision (al. 1). Sont réservés les cas dans lesquels l'intérêt public ou des intérêts privés prépondérants s'opposent à la consultation (art. 45 al. 1 LPA). Selon l'art. 45 al. 2 LPA, "*Le refus d'autoriser la consultation des pièces ne peut s'étendre qu'à celles qu'il y a lieu de garder secrètes et ne peut concerner les propres mémoires des parties, les documents qu'elles ont produits comme moyens de preuves, les décisions qui leur ont été notifiées et les procès-verbaux relatifs aux déclarations qu'elles ont faites*".
41. Dans le présent cas, le Préposé cantonal estime que le courriel du 15 juillet 2020 a expressément été élaboré dans le cadre d'une procédure administrative diligentée contre un membre du corps enseignant de l'UNIGE, de sorte qu'il n'est pas accessible par le biais de la LIPAD, mais par celui de la LPA.
42. Au surplus, le Préposé cantonal remarque que le recourant n'a pas allégué l'accès à ses données personnelles, mais à un document, auquel d'ailleurs tout un chacun pourrait prétendre entrer en possession, conformément au but de la transparence, soit favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 2 al. 1 litt. a LIPAD). Or force est de constater qu'accorder l'accès au document querellé au moyen de la LIPAD serait contraire au but de cette loi.

RECOMMANDATION

43. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande à l'Université de Genève de ne pas transmettre au requérant le courriel du 15 juillet 2020.
44. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, l'Université de Genève doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).
45. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à :

- Me X., [REDACTED]
- Mme Natacha Hausmann, Directrice des affaires juridiques, Université de Genève, rue Général-Dufour 24, 1211 Genève 4.

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.