



Demande d'accès à des documents en possession de l'Office cantonal de la détention (OCD)

Recommandation du 23 avril 2021

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

1. En date du 23 juin 2020, Me A. a écrit à la Direction générale de l'Office cantonal de la détention (ci-après OCD) expliquant intervenir à la défense de B., [REDACTED] de la prison de Champ-Dollon, dans le cadre de l'enquête administrative diligentée à son encontre. Estimant que l'OCD était en possession des vidéos ayant motivé l'ouverture de la procédure, il sollicitait l'obtention des documents suivants:
 - Tous les emails échangés en lien avec la remise desdites vidéos entre l'OCD et ses collaborateurs ou entre ces derniers directement ;
 - Les notes établies en marge de cette remise, ainsi que les procès-verbaux d'entretien ayant été établis, éventuellement caviardés ;
 - Toute information en lien avec le support remis à l'OCD initialement.
2. Par pli du 26 juin 2020, C., Directeur général de l'OCD, a informé le précité ne pas être en mesure de donner une suite favorable à sa demande. Pour lui, les documents sont soustraits au droit d'accès en vertu des art. 26 al. 1 et 2 LIPAD, et art. 7 RIPAD. Il ajoute qu'"*Au demeurant, votre requête fait suite à la sanction infligée à votre mandant, dont vous avez annoncé faire recours par voie de presse. Partant, le droit d'accès s'examine au regard des règles sur la procédure administrative, lesquelles le limitent aux pièces ayant servi de fondement à la décision (art. 44 al. 1 LIPAD et 26 al. 2 let. e LIPAD). Ces pièces sont déjà en votre possession, si bien que la date à laquelle le soussigné a pris connaissance des vidéos du bizutage du 29 septembre 2017 est sans pertinence pour le cas de votre mandant*". Était réservée la possibilité de saisir le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après le Préposé cantonal).
3. Par courrier du 7 juillet 2020, Me A. a saisi le Préposé cantonal d'une demande de médiation. Il avançait que les documents n'étaient pas en sa possession et que l'exception de l'art. 26 al. 2 litt. e LIPAD ne trouvait pas application.
4. La médiation a eu lieu le 30 juillet 2020, en présence de B. (requérant), Me A. (avocat du requérant), Mme Perrine Duteil (co-responsable LIPAD du Département de la sécurité, de l'emploi et de la santé – DSES), D. (juriste au DSES) et de la Préposée adjointe.
5. Au terme de la rencontre, les parties ont convenu de suspendre le processus de médiation jusqu'au 15 septembre 2020 et d'attendre ensuite la détermination de Me A.
6. Relancé le 26 octobre 2020 par la Préposée adjointe, ce dernier a indiqué vouloir la reprise de la procédure, par mail du 4 novembre 2020. Figuraient en annexe les observations datées du 4 septembre 2020 de la direction générale de l'OCD adressées à la Chambre administrative de la Cour de justice sur le recours déposé

par B. le 29 juin 2020 contre la décision de sanction prononcée à son endroit par le directeur de la prison le 28 mai 2019.

7. Dans un courriel du 26 novembre 2020 adressé à l'avocat, la Préposée adjointe a souhaité son retour sur l'opportunité ou non d'une nouvelle séance de médiation.
8. Sans réponse de Me A. malgré plusieurs tentatives téléphoniques, la Préposée adjointe l'a relancé par mail le 23 février 2021.
9. Dans un courrier électronique du 4 mars 2021, le susnommé a fait savoir qu'il voulait que la médiation aille de l'avant.
10. Le 9 mars 2021, la Préposée adjointe a sollicité le DSES et le conseil du requérant pour lui faire part d'éventuels compléments des déterminations d'ici au lundi 22 mars 2021. Elle considérait que, si dans le même délai, aucune des parties ne sollicitait une nouvelle rencontre de médiation, le dossier pouvait être transmis au Préposé cantonal pour recommandation.
11. Le jour suivant, Mme Hana Sultan Warnier, Secrétaire générale adjointe du DSES et co-responsable LIPAD de ce département, a fait savoir que, dans la mesure où la procédure administrative était toujours pendante devant la Chambre administrative de la Cour de justice, elle s'opposait à la reprise du processus de médiation.
12. Par mail du 22 mars 2021, Me A. a considéré qu'il fallait que la procédure reprenne sans tarder. En effet, selon lui, "*l'autorité intimée a finalement reconnu détenir des données bien plus larges, notamment des extraits de conversation, ainsi qu'en atteste la pièce finalement produite en procédure (en annexe), dont on ignore tout de la provenance*". La pièce attachée à laquelle il était fait référence était une photo issue d'une conversation WhatsApp.
13. Le 25 mars 2021, la Préposée adjointe a fait savoir qu'aucune des parties n'ayant sollicité une nouvelle rencontre de médiation, une recommandation allait donc être rendue. Il était pris note du fait que la procédure administrative ayant motivé la suspension du processus de médiation en juillet 2020 était toujours en cours.
14. Le jour suivant, le Préposé cantonal a rédigé un mail à l'attention de Mme Hana Sultan Warnier pour obtenir les documents querellés.
15. Il a reçu ces derniers en date du 19 avril 2021. La susnommée a précisé que les parties caviardées (afin de préserver l'anonymat de la dénonciatrice) ne concernaient pas l'affaire.

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

16. 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 (MGC 2000 45/VIII 7671 ss).
17. 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).
18. A ce propos, l'exposé des motifs à l'appui du 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" (MGC 2000 45/VIII 7676).

19. 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).
20. 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.
21. 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).
22. 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).
23. 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).
24. 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).
25. 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.
26. 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).

27. Selon l'art. 7 RIPAD, "¹ Les documents à la communication desquels un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose sont soustraits au droit d'accès institué par la loi. ² Sont notamment soustraits au droit d'accès les documents suivants: a) 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 ; b) tout document par ailleurs couvert par un autre secret protégé par le droit fédéral, une loi ou un règlement ; c) 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 ; d) le fichier contenant l'ensemble des données relatives au personnel (système d'information des ressources humaines). ³ Sont également soustraits au droit d'accès au sens de l'article 26, alinéa 3, de la loi les notes, avis de droit, correspondances, courriels, rapports et autres écrits échangés: a) entre membres du Conseil d'Etat, de délégations de celui-ci, du collège des secrétaires généraux ou des collèges spécialisés ; b) entre cadres supérieurs de la fonction publique ou collaborateurs de l'entourage immédiat des conseillers d'Etat et du chancelier d'Etat ainsi qu'entre ces cadres ou proches collaborateurs et les membres des collèges visés à la lettre a".
28. 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).
29. 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.

30. 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).
31. 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).
32. 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.
33. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
34. 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).
35. En 2008, la loi a fait l'objet d'une révision importante. Au volet relatif à la transparence, le domaine de la protection des données personnelles a été ajouté. A ce titre, la loi a pour but de "*protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant*" (art. 1 al. 2 litt. b LIPAD). Dans cette autre matière, la loi "*tend d'abord à favoriser le confinement des informations susceptibles de porter atteinte à la personnalité*" (Rapport de la Commission judiciaire et de la police chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat sur la protection des données personnelles (LPDP) (A 2 12) PL 9870-A, p. 5). Ce volet est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010.
36. Par données personnelles, il faut comprendre "*toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable*" (art. 4 litt. a LIPAD). Les données personnelles sensibles recouvrent les données personnelles sur: "*1 ° les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques, syndicales ou culturelles, 2 ° la santé, la sphère intime ou l'appartenance ethnique, 3 ° des mesures d'aide sociale, 4 ° des poursuites ou sanctions pénales ou administratives*" (art. 4 litt. b LIPAD).
37. Tant que les données n'ont pas été rendues anonymes, l'on se trouve face à des questions relatives à la protection de données personnelles.
38. Le droit d'accès aux données personnelles institué par l'art. 44 al. 1 LIPAD traite de la possibilité pour une personne de demander au responsable de l'institution publique requise si des données la concernant sont traitées et, le cas échéant, que soient communiquées: "*a) toutes les données la concernant contenues dans un fichier, y*

compris les informations disponibles sur l'origine des données; b) sur demande, les informations relatives au fichier considéré contenues dans le catalogue des fichiers" (art. 44 al. 2 LIPAD).

39. A la forme, l'art. 45 LIPAD prévoit que *"la communication de ces données et informations doit être faite sous une forme intelligible et, en règle générale, par écrit et gratuitement"*. Est réservé le cas dans lequel la requête implique un traitement informatique, des recherches ou des opérations dont le temps excède la demi-heure (art. 24 al. 2 RIPAD).
40. L'art. 46 LIPAD traite des restrictions au principe consacré par l'art. 44 LIPAD: *"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"*.
41. L'art. 47 LIPAD détermine les prétentions que toute personne physique ou morale de droit privé peut exiger des institutions publiques à propos des données la concernant, soit qu'elles s'abstiennent de procéder à un traitement illicite, le cas échéant qu'elles mettent fin à un tel traitement et en suppriment les effets, ou qu'elles constatent le caractère illicite de ce traitement, qu'elles détruisent celles qui ne sont pas pertinentes ou nécessaires (sauf disposition légale contraire), rectifient, complètent ou mettent à jour celles qui sont respectivement inexactes, incomplètes ou dépassées, ou fassent figurer, en regard de celles dont ni l'exactitude ni l'inexactitude ne peuvent être prouvées, une mention appropriée, à transmettre également lors de leur communication éventuelle.
42. Selon l'art. 49 LIPAD, une institution publique qui n'entend pas donner suite à une prétention fondée sur les art. 44, 47 ou 48 LIPAD doit transmettre la requête au Préposé cantonal avec ses observations afin qu'il rende une recommandation écrite à son attention.
43. Les art. 10A ss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA; RS-Ge E 5 10), prévoient les règles applicables aux procédures administratives.
44. En particulier, selon l'art. 44 LPA, *"¹ Les parties et leurs mandataires sont seuls admis à consulter au siège de l'autorité les pièces du dossier destinées à servir de fondement à la décision. Le droit d'accéder à leurs données personnelles que les tiers peuvent déduire de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001, est réservé. ² Dès le dépôt d'un recours, les parties sont admises en tout temps à consulter le dossier soumis à la juridiction saisie. ³ [abrogé] ⁴ L'autorité délivre copie des pièces contre émoulement; elle peut également percevoir un émoulement pour la consultation des pièces d'une affaire liquidée"*.
45. L'art. 45 LPA ajoute: *"¹ L'autorité peut interdire la consultation du dossier si l'intérêt public ou des intérêts privés prépondérants l'exigent. ² 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. ³ Une pièce dont la consultation est refusée à une partie ne peut être utilisée à son désavantage que si*

l'autorité lui en a communiqué par écrit le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de proposer les contre-preuves. ⁴ La décision par laquelle la consultation d'une pièce est refusée peut faire l'objet d'un recours immédiat".

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

46. Conformément à l'art. 3 al. 1 litt. a LIPAD, le pouvoir exécutif est soumis à la LIPAD. Le DSES, qui comprend notamment l'OCD (art. 5 al. 1 litt. du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1^{er} juin 2018; ROAC ; RSGe B 4 05.10), est l'un des sept départements de l'administration cantonale (art. 1 al. 1 litt. c ROAC). De la sorte, la LIPAD lui est applicable.
47. Il ressort de l'état de fait qu'en substance, l'enquête administrative diligentée contre B., [REDACTED] de Champ-Dollon, a été ouverte en raison d'événements de bizutages impliquant des gardiens constatés au sein de la prison. Des vidéos montrant des extraits de ces rites de passage ont circulé, notamment dans le groupe WhatsApp de la brigade.
48. En date du 28 mai 2019, le directeur de l'établissement a sanctionné le précité. Le 29 juin 2020, cette décision a fait l'objet d'un recours déposé par ce dernier auprès de la Chambre administrative de la Cour de justice. Le jugement n'a pas été rendu à ce jour.
49. Les documents querellés remis au Préposé cantonal sont les suivants: un mail du 14 mai 2018, un rapport d'entretien du même jour, un rapport d'entretien du 22 juin 2018, un courrier du 13 novembre 2020 et un procès-verbal de comparution personnelle daté du 24 mars 2021.
50. Le demandeur sollicite l'accès à ces documents à la fois selon le volet "transparence" de la LIPAD et selon le volet "accès à ses données personnelles".
51. 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).
52. 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) [...] Quoi qu'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).

53. 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 a 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.
54. Selon le directeur de l'OCD (pli du 26 juin 2020), les pièces ayant servi de fondement à la décision de sanction sont en possession du requérant. Aux termes des observations du DSES adressées à la Chambre administrative dans le cadre du recours (N. 87), "*Le recourant avait déjà eu accès à son dossier personnel. Une clé USB contenant les vidéos du bizutage de E. lui avait été remise dans le cadre de l'enquête. Il avait également reçu copie des procès-verbaux d'audition tant des 13 autres mis cause que des témoins*". Le 7 juillet 2020, Me A. avançait cependant que les documents n'étaient pas en possession de son client.
55. Le Préposé cantonal constate que le courrier du 13 novembre 2020 et le procès-verbal de comparution personnelle daté du 24 mars 2021 ont expressément été élaborés dans le cadre de la procédure administrative diligentée contre B. Au surplus, il a pu se rendre compte qu'ils sont en possession de ce dernier.
56. Reste donc uniquement à examiner l'accès au mail du 14 mai 2018 et aux rapports d'entretien des 14 mai 2018 et 22 juin 2018. Il convient de relever que le rapport d'entretien du 14 mai 2018 cite le nom du demandeur.
57. Le Préposé cantonal a pu remarquer que ces trois documents n'ont pas expressément été élaborés dans le cadre de la procédure administrative diligentée contre le requérant. Ils sont néanmoins au cœur de cette procédure, actuellement en cours devant la Chambre administrative de la Cour de justice.
58. Ainsi, il est d'avis, conformément à la position du Tribunal fédéral (arrêt 1C_604/2015, du 13 juin 2016, cons. 4.4) que, pour les procédures pendantes, les

règles relatives à la consultation du dossier sont fixées par les différentes lois de procédure, en l'occurrence la LPA.

59. En outre, pour le Préposé cantonal, remettre ces documents au requérant au titre de la transparence serait notamment contraire au but exprimé par l'art. 2 al. 1 litt. a LIPAD, lequel consiste à favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique. Or l'on ne voit pas en quoi cet objectif serait précisément satisfait, car cela reviendrait à accorder à tout un chacun le droit de prétendre entrer en possession de ces documents.
60. Dès lors, le requérant, en tant que partie à la procédure en cours devant la Chambre administrative, peut consulter les pièces du dossier destinées à servir de fondement à la décision conformément à l'art. 44 LPA.
61. La solution n'est pas différente dans le cadre de l'examen mené au regard des règles de protection des données. L'art. 46 al. 1 LIPAD s'oppose à l'accès à ses données personnelles par le requérant dans le cas d'espèce.
62. En conséquence, les prétentions du demandeur relatives à la LIPAD doivent être rejetées.

RECOMMANDATION

63. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au DSES de ne pas transmettre au requérant le mail du 14 mai 2018 et les rapports d'entretien des 14 mai 2018 et 22 juin 2018.
64. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le DSES doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).
65. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à:

- Me A., [REDACTED]
- Mme Hana Sultan Warnier, responsable LIPAD, Département de la sécurité, de l'emploi et de la santé (DSES), Secrétariat général, Direction juridique, rue de l'Hôtel-de-Ville 14, Case postale 3952, 1211 Genève 3

Stéphane Werly
Préposé cantonal

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence remercie par avance l'institution publique concernée de l'informer de la suite qui sera donnée à la présente recommandation.