



Demande d'accès à l'agenda d'un Procureur auprès du Pouvoir judiciaire (PJ)

Recommandation du 3 novembre 2022

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

1. Le 8 juin 2022, Me X, avocat, représentant les intérêts de M. Y, a demandé l'accès auprès du Pouvoir judiciaire aux documents suivants:
 - Les notes de frais avec tous les justificatifs de M. A, ainsi que de tout membre du Pouvoir judiciaire l'ayant accompagné, pour des voyages [REDACTED]
 - L'agenda de M. A d'octobre, mars et février, les informations sans lien avec le requérant pouvant être caviardées.
2. Le requérant considère qu'il s'agit de documents administratifs dont l'accès est régi par la LIPAD, soulignant que, selon le Tribunal fédéral, un agenda, même électronique fait expressément partie des documents susceptibles d'accès lorsqu'il porte sur une période révolue et qu'il concerne un fonctionnaire haut placé, étant précisé que les éléments personnels peuvent être caviardés (ATF 142 II 324). Il a relevé que sa demande excluait tout document comportant des informations sur des tiers, la limitant aux événements en relation avec lui-même, de sorte que l'exception de l'art. 26 al. 2 litt. f LIPAD ne saurait trouver application. Il a ajouté que les documents requis n'avaient jamais été versés dans la procédure pénale, de sorte que l'accès ne saurait être refusé au motif qu'une procédure pénale est pendante.
3. Me X a relancé le Pouvoir judiciaire par courrier du 21 juin 2022; le 24 juin 2022, la responsable LIPAD du Pouvoir judiciaire l'a informé que sa demande était en cours d'analyse. Le 4 juillet 2022, le conseil du requérant a relancé à nouveau le Pouvoir judiciaire se référant à l'art. 28 al. 2 LIPAD qui exige que les demandes d'accès soient traitées rapidement. Il lui a été répondu le 8 juillet 2022 que la demande était en cours de traitement, le magistrat concerné, ainsi que la juridiction à laquelle il appartient devant être consultés. Après une nouvelle relance de Me X, le Pouvoir judiciaire lui a indiqué que la détermination interviendrait dans la semaine du 8 août 2022.
4. Par courrier du 28 juillet 2022, Me X s'est adressé au Préposé cantonal pour porter les faits à sa connaissance et lui demander de fixer une séance de médiation dans de brefs délais en cas de refus du Pouvoir judiciaire. Le 8 août 2022, le Préposé cantonal l'a informé avoir pris bonne note de sa demande et du fait que le Pouvoir judiciaire allait se déterminer de sorte qu'il était prématuré d'organiser une médiation; toutefois, conformément à l'esprit de la LIPAD, les rencontres de médiation étaient fixées dans des délais rapides.
5. Le 10 août 2022, le Président de la commission de gestion du Pouvoir judiciaire a répondu qu'il n'y avait pas d'objection à produire les notes de frais requises et leurs justificatifs, expurgés des données personnelles et des informations sans lien avec la procédure à laquelle le requérant est partie, leur production n'étant pas de nature à nuire à la procédure pénale en cours. S'agissant de la demande relative à l'agenda d'un Procureur, le Pouvoir judiciaire s'y oppose, car cet agenda n'est destiné qu'à un

usage personnel. En ce sens, l'utilisation diffère de celle de l'agenda ayant fait l'objet de l'arrêt cité par le requérant (ATF 142 II 324, JT 2017 I 13) et ne constitue pas un document accessible au sens de la LIPAD.

6. Par courrier du 19 août 2022, Me X a saisi le Préposé cantonal d'une demande de médiation.
7. Une rencontre de médiation a eu lieu le 5 octobre 2022 avec le Préposé cantonal, un conseil du requérant et la responsable LIPAD du Pouvoir judiciaire. Elle n'a pas abouti.
8. Le même jour, la Préposée adjointe a écrit au pouvoir judiciaire afin de consulter le document sollicité.
9. Par courriel du 25 octobre 2022, la responsable LIPAD du Pouvoir judiciaire a répondu de la sorte: « *Le président de la commission de gestion a transmis à M. A votre courriel qui n'a toutefois pas accepté de vous remettre son agenda au motif qu'une telle divulgation constituerait, selon lui, une violation du secret de fonction et porterait atteinte à sa vie privée. Je ne suis dès lors pas en mesure de vous communiquer le document querellé.*».

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

10. 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.
11. 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 litt. a LIPAD).
12. 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*".
13. Le volet relatif à la transparence s'applique aux institutions publiques cantonales et communales genevoises désignées à l'art. 3 al. 1 de la loi, en particulier aux "*pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux*" (litt. a) et aux "*établissements et corporations de droit public cantonaux*" ainsi qu'aux personnes morales de droit privé subventionnées (art. 3 al. 2 litt. a et b LIPAD).
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. Dans un arrêt du 23 juin 2016 (ATF 142 II 324, JT 2017 I 13), le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de savoir si l'agenda outlook de l'ancien chef de l'armement, pour la période du 1^{er} janvier 2013 au 26 mai 2014, est un document officiel au sens de l'art. 5 LTrans. Notre Haute Cour a retenu que tel est le cas; elle s'est exprimée ainsi: *"les informations contenues dans l'agenda outlook dépeignent globalement l'activité officielle de l'ancien chef de l'armement. Celui-ci a utilisé son agenda en rapport avec l'accomplissement de sa fonction, et donc aussi pour exécuter des tâches publiques. Bien que des rendez-vous privés y aient aussi été consignés, les agendas électroniques et les informations qui y sont contenues servent principalement à l'activité professionnelle et à la direction de l'Office, ce pourquoi on doit considérer que l'art. 5 al. 1^{er} let. c LTrans est applicable (...) les inscriptions de l'agenda donnent dans leur ensemble une vision de l'accomplissement de sa fonction par l'ancien chef de l'armement et des processus de la direction militaire".* Il a ajouté: *"Le TAF a passé en revue les diverses fonctions d'un agenda outlook. Il a relevé que cet instrument n'est pas seulement destiné à l'organisation individuelle du temps disponible, à la mémorisation des événements prévus et aux invitations, mais aussi à la communication et à la coopération entre les collaborateurs. Le détenteur peut conférer des droits d'accès différents à divers utilisateurs, variant de la simple indication des périodes libres ou occupées jusqu'à l'affichage de tous les détails. L'agenda outlook permet aussi d'envoyer des invitations à participer à des séances. Il s'agit donc, dans l'ensemble, d'un instrument destiné à soutenir sous divers aspects la coopération de divers utilisateurs (voir c. 5.2.2.2 non publié). De ces constatations de fait qui lient le TF (art. 105 al. 1^{er} LTF), il ressort que l'agenda outlook de l'ancien chef de l'armement n'est pas un document destiné à l'usage personnel. Cet agenda n'est pas uniquement un aide-mémoire personnel destiné à la gestion des rendez-vous individuels. Sa portée est notablement plus étendue: son détenteur est l'un des cadres les plus élevés du Département fédéral de la défense. Son agenda a une influence déterminante dans l'ensemble de l'activité et des processus de l'Office fédéral de l'armement. Même si le cercle des personnes habilitées à y accéder se limite aux cadres supérieurs de l'Office, il n'est pas qu'un simple aide-mémoire pour le déroulement de la journée et la gestion des rendez-vous. Il s'agit d'un instrument de conduite essentiel pour la direction de l'Office."*
19. 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).
20. 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).
21. Selon l'art. 2 al. 1 et 2 du règlement du Pouvoir judiciaire sur l'accès aux documents et aux données personnelles du 1^{er} novembre 2021 (RADPJ; RSGe E 2 05.52), par

document judiciaire, on entend les décisions judiciaires et les autres documents d'une procédure judiciaire; par document administratif, on entend tout autre document traité par le pouvoir judiciaire.

22. Le principe de transparence n'est toutefois pas absolu. Des exceptions à l'information du public sont possibles si l'une ou plusieurs des conditions d'exceptions prévues par l'article 26 LIPAD sont réalisées.
23. Selon l'art. 26 al. 2 litt. g LIPAD, l'accès peut être refusé lorsqu'il est de nature à porter atteinte à la sphère privée ou familiale. La volonté du législateur avec cette disposition était d'établir une exception à l'accès aux documents en cas d'atteinte notable à la sphère privée. Cette disposition n'exclut donc pas automatiquement l'accès à tout document dès l'instant qu'il concernerait la sphère privée d'un tiers, mais elle requiert une pesée des intérêts en présence (MGC 2007-2008 XII A 14100). L'exemple mentionné dans l'exposé des motifs du PL 8356 est le suivant: *"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"* (MGC 2000 45/VIII 7697).
24. 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).
25. 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. L'art. 21 RADPJ en précise les modalités, s'agissant de l'accès à des documents administratifs du Pouvoir judiciaire.
26. 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. La consultation sur place des documents faisant l'objet d'une requête de médiation ne peut lui être refusée, à charge pour lui de veiller à leur absolue confidentialité et de prendre, à l'égard tant des parties à la procédure de médiation que des tiers et du public, toutes mesures nécessaires au maintien de cette confidentialité aussi longtemps que l'accès à ces documents n'a pas été accordé par une décision ou un jugement définitifs et exécutoires (art. 30 al. 3 LIPAD).
27. 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).
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.
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.

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

31. La LIPAD s'applique aux pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux, ainsi qu'à leurs administrations et aux commissions qui en dépendent (art. 3 al. 1 litt. a), de sorte qu'elle trouve application en l'espèce.
32. Parmi les documents requis, une partie d'entre eux ont été transmis au requérant, de sorte que reste en suspens uniquement l'accès à l'agenda du Procureur A d'octobre ■■■■, mars ■■■■ et février ■■■■, les informations sans lien avec le requérant pouvant être caviardées.
33. Le Procureur concerné s'oppose à la transmission du document au Préposé cantonal, d'une part car le secret de fonction n'a pas été levé et, d'autre part, au regard de sa sphère privée, de sorte que la Préposée adjointe n'a pas pu y avoir accès.
34. S'agissant du secret de fonction, les diverses dispositions qui y sont relatives dans la législation genevoise prévoient qu'il porte sur toutes les informations dont les membres de la fonction publique ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions dans la mesure où la LIPAD ne leur permet pas de les communiquer à autrui : art. 9A de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC ; RSGe B5 05), art. 124 al. 1 de la loi sur l'instruction publique (LIP ; RSGe C 1 10), art. 24 al. 2 de la loi sur la police (LPol ; RSGe F 1 05) notamment.
35. La LIPAD elle-même, dans son volet « transparence » donne pour mission au Préposé cantonal de rendre des recommandations aux institutions requises sur la communication d'un document (art. 30 al. 5 LIPAD). En outre, la consultation des documents ne peut lui être refusée (art. 30 al. 3 LIPAD).
36. Ainsi, dès lors que le Pouvoir judiciaire est soumis à la LIPAD, ses membres ne sauraient opposer un secret de fonction au Préposé cantonal s'agissant de la consultation du document querellé, au vu de l'art. 30 al. 3 LIPAD.
37. A cet égard, la Préposée adjointe se réfère à ce qui avait été retenu dans une recommandation du 22 avril 2021 (<https://www.ge.ch/document/26177/telecharger>) concernant un refus de laisser le Préposé cantonal consulter les documents querelés: *"cela fait partie de la mission-même du Préposé cantonal de rendre une recommandation portant précisément sur le caractère public ou non d'un document. Si la possibilité pour le Préposé cantonal de consulter les documents devait dépendre d'une éventuelle levée du secret de fonction, cela reviendrait à considérer que chaque fois que ce secret n'est pas levé, il ne serait pas en mesure d'exercer sa mission. A cet égard, ce que le Tribunal administratif avait retenu concernant le juge dans son arrêt du 8 juin 2010 peut être repris ici, s'agissant du Préposé cantonal et la*

mission que la LIPAD lui confère : « Elle donne pour mission au juge de déterminer, en cas de litige, si les documents dont la consultation est demandée au titre de la LIPAD sont consultables ou s'ils relèvent précisément du secret de fonction. Si le juge ne pouvait prendre connaissance des documents litigieux dans le cadre de la procédure, il ne pourrait juger le cas qui lui est soumis, soit qualifier les documents en question et déterminer si des intérêts publics ou privés s'opposent, cas échéant, à leur consultation. Il y aurait en outre une incohérence manifeste dans l'obligation légale qui serait faite au juge de demander la levée du secret de fonction à l'autorité supérieure aux seules fins de déterminer si l'on se trouve précisément dans le champ d'application du secret de fonction ou dans celui des droits d'accès accordés par la LIPAD » (ATA/383/2010, consid. 7)".

38. Dès lors, la Préposée adjointe considère qu'elle aurait dû pouvoir consulter le document sollicité afin d'en recommander l'accès ou de recommander de maintenir un refus à l'accès requis.
39. N'ayant pas pu consulter le document requis, la Préposée adjointe n'est pas en mesure de confirmer ni d'infirmier la lecture faite par le Pouvoir judiciaire quant au caractère de "document officiel" au sens de la LIPAD de l'agenda du Procureur. En particulier, il lui est impossible de déterminer si la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 142 II 324) concernant l'agenda outlook de l'ancien chef de l'armement pourrait s'appliquer mutatis mutandis, dans la mesure où il lui est impossible de prendre connaissance des caractéristiques de l'agenda du Procureur concerné.
40. Il est dès lors impossible de se prononcer sur le caractère public ou non du document querellé.

RECOMMANDATION

41. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal n'est pas en mesure de rendre une recommandation.
42. Le présent acte est notifié par pli recommandé à :
 - a. Me X
 - b. Mme [REDACTED], responsable LIPAD, Pouvoir judiciaire, Secrétariat général, Service des affaires juridiques, Place du Bourg-de-Four 1, Case Postale 3966, 1211 Genève 3

Joséphine Boillat
Préposée adjointe

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence remercie par avance l'institution publique de bien vouloir le tenir informé de la suite donnée à la présente recommandation en lui faisant parvenir une copie de sa décision.