



Demande d'accès à une décision du conseil de discipline du Département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (DIP)

Recommandation du 17 avril 2023

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

1. Dans un courriel du 15 février 2023 adressé au Préposé cantonal, Me X. a requis de ce dernier la tenue d'une séance de médiation. Il expliquait représenter un enseignant au sein du Département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (DIP) qui a fait l'objet d'accusations calomniatrices sur son lieu de travail: *« Les élèves à la base de ces accusations ont été sanctionnées, aux dires du DIP. Dans le cadre notamment de son travail de reconstruction, mon mandant souhaite obtenir l'information (et par là-même la confirmation) de ces sanctions. Il s'agit pour lui d'une donnée personnelle - les faits à la base de la sanction le concernent; mais aussi d'une donnée publique: connaître la sanction infligée à une élève calomniant son professeur est d'intérêt public, dès lors que cela questionne l'attitude du département face à ce genre de situations ».*
2. Etait annexé un mail datant du jour précédent, rédigé par un responsable de secteur RH du DIP adressé à l'enseignant, qui indiquait notamment : *« S'agissant de votre demande LIPAD effectuée par Me X. par courriel le 1^{er} février 2023, cette dernière concerne des données personnelles sensibles au sens de l'article 4 let. b) LIPAD. Or, ce type de données requiert une protection accrue. Partant, le DIP n'entend pas donner une suite positive à votre requête en application des articles 39 alinéa 9 et 46 alinéa 1 let. b) LIPAD. En effet, l'intérêt public à la protection de telles données l'emporte sur votre intérêt privé à en prendre connaissance. De surcroît, il sied de relever qu'il ne s'agit pas d'informations faisant partie de votre dossier administratif. Nous vous rendons toutefois attentif sur la possibilité de solliciter le préposé à la protection des données personnelles dans un délai de 10 jours, conformément à l'article 28 alinéa 6 LIPAD ».*
3. Une médiation a eu lieu le 21 mars 2023, en présence du requérant, de son avocat, de Mme Y. (juriste à la direction des affaires juridiques du DIP) et de la Préposée adjointe.
4. Elle n'a pas abouti.
5. Le 28 mars 2023, le Préposé cantonal a sollicité la direction des affaires juridiques du DIP pour que lui parvienne le document querellé.
6. En date du 29 mars 2023, le Préposé cantonal a pu prendre connaissance de ce dernier.

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

7. Selon l'art. 9 al. 3 Cst-GE, l'activité publique s'exerce de manière transparente, conformément aux règles de la bonne foi, dans le respect du droit fédéral et du droit

international. Conformément à l'art. 28 al. 2 Cst-GE, toute personne a le droit de prendre connaissance des informations et d'accéder aux documents officiels, à moins qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose.

8. 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).
9. 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).
10. 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 prise 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).
11. 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).
12. 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).
13. 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.
14. 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).
15. 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).
16. 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).
17. 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).

18. 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.
19. Selon la Cour de justice, « *par souci d'harmonisation verticale et dans la mesure où les différentes législations sur la transparence visent le même but et reprennent des principes de base globalement identiques, la jurisprudence rendue sur la base de la LTrans peut en principe être transposée à la LIPAD* » (ATA/154/2016 du 23 février 2016, consid. 5.a).
20. Il ressort de la jurisprudence applicable à la LTrans que si l'institution publique décide de limiter ou de refuser l'accès à des documents officiels, elle doit alors démontrer que les conditions aux exceptions à la transparence sont réalisées dans le cas d'espèce (arrêt du TF 1C_428/2016 du 27 septembre 2017, consid. 2.3). A cet égard, ses explications doivent être convaincantes, à savoir être précises et claires, complètes et cohérentes (arrêt du TAF A-6/2015 du 26 juillet 2017, consid. 4.1; Recommandation du PFPDT du 29 août 2018). Si l'institution publique ne parvient pas à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels, elle supporte les conséquences du défaut de preuve et l'accès doit en principe être accordé (arrêt du TAF A-6755/2016 du 23 octobre 2017, consid. 3.2).
21. L'accès aux documents doit notamment être refusé s'il est propre à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (art. 26 al. 2 litt. f LIPAD). Cette lettre constitue un renvoi à l'art. 39 al. 9 LIPAD (ATA/758/2015 du 28 juillet 2005, consid. 9b; ATA/767/2014 du 30 septembre 2014, consid. 3c; ATA/919/2014 du 25 novembre 2014, consid. 4b). Or, selon l'art. 39 al. 9 LIPAD, la communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible, alternativement, que si une loi ou un règlement le prévoit explicitement (litt. a) ou qu'un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose (litt. b). Selon l'exposé des motifs relatif au PL 8356, « *La lettre f coordonne quant à elle l'application de la LIPAD avec la législation (au sens large) sur la protection des données personnelles, dont l'application est d'ailleurs également réservée par l'article 2, alinéa 4 LIPAD* » (MGC 2000 45/VIII 7697). Plus spécifiquement, la Cour de justice a considéré, dans le cadre d'une demande d'accès à une décision concernant une sanction administrative infligée à un médecin, qu'il y a un intérêt privé manifeste du médecin à ce que les sanctions disciplinaires le concernant, autres que celles publiées dans la FAO, ne soient pas dévoilées à des tiers et que cet intérêt s'opposait à la communication requise (ATA/767/2014 du 30 septembre 2014). Il est aussi utile de rappeler une affaire ayant trait à l'accès d'une pharmacie concurrente à un rapport d'inspection rédigé par le service du Pharmacien cantonal à Genève au sujet des locaux d'une pharmacie voisine. Dans cette affaire, la Cour de justice était arrivée à la conclusion que l'accès au rapport était possible, moyennant caviardage des données personnelles, car il ne contenait aucune information couverte par le secret médical ou encore par le secret des affaires ou de fabrication, l'exploitation de la pharmacie n'ayant pas encore commencé (ATA 525/2016 du 21 juin 2016); cette lecture avait été confirmée par le Tribunal fédéral: « *compte tenu de ce caviardage obligatoire, [...] la Cour cantonale pouvait considérer sans arbitraire que la transmission litigieuse ne comporterait en définitive aucune donnée personnelle, et que l'art. 39 al. 9 LIPAD n'y faisait donc pas obstacle puisque cette disposition s'applique exclusivement en cas de transmission de données personnelles* » (arrêt du TF 1C_338/2016 du 16 décembre 2016, consid. 2.2 in fine). La Cour de justice a également jugé que la liste des titulaires des autorisations d'exploiter un taxi de service privé contenant leurs noms et prénoms, adresse professionnelle, numéro de téléphone professionnel et numéro de plaques était accessible, à l'exclusion de leur

adresse privée, de la date d'octroi desdites autorisations et de leur numéro de téléphone privé. En effet, à la lecture de la loi sur les taxis, elle a considéré ces données comme publiques (ATA/919/2014 du 25 novembre 2014).

22. 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).
23. 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.
24. 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).
25. 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).
26. 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.
27. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
28. 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).
29. 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.

30. 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). Selon l'art. 4 litt. b LIPAD, les données personnelles sensibles sont les données personnelles sur: les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques, syndicales ou culturelles; la santé, la sphère intime ou l'appartenance ethnique; des mesures d'aide sociale; des poursuites ou sanctions pénales ou administratives.
31. 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.
32. L'art. 39 al. 9 LIPAD subordonne la communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé aux conditions alternatives qu'une loi ou un règlement le prévoit explicitement (litt. a), ou qu'un intérêt digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose (litt. b).

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

33. Le Département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (DIP) est l'un des sept départements de l'administration cantonale (art. 1 al. 1 litt. b du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1^{er} juin 2018; ROAC; RSGe B 4 05.10). De la sorte, la LIPAD lui est applicable (art. 3 al. 1 litt. a).
34. Présentement, le requérant sollicite l'accès à une décision du conseil de discipline datée du 14 juillet 2022.
35. L'art. 24 al. 1 LIPAD pose le principe du droit d'accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi.
36. L'accès aux documents doit notamment être refusé s'il est propre à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (art. 26 al. 2 litt. f LIPAD). Cette lettre constitue un renvoi à l'art. 39 al. 9 LIPAD, selon lequel la communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible, alternativement, que si une loi ou un règlement le prévoit explicitement (litt. a) ou qu'un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose (litt. b).
37. Conformément à cette dernière lettre, le Préposé cantonal doit présentement examiner si un intérêt privé digne de protection du requérant justifie la communication de données personnelles contenues dans le document querellé sans qu'un intérêt prépondérant des tiers (principalement de l'élève) concernés ne s'y oppose.
38. En premier lieu, le Préposé cantonal observe que l'élève ayant proféré des accusations calomniatrices à l'encontre du requérant sur son lieu de travail a été condamnée pour calomnie (art. 174 CP), par ordonnance pénale du 18 mai 2022.
39. Sans rien dévoiler du document, le Préposé cantonal constate ensuite que ce dernier renferme des données personnelles de tiers, ainsi qu'une sanction administrative prononcée contre une élève, soit une donnée personnelle sensible au sens de l'art. 4 litt. b LIPAD.

40. Les tiers et la susnommée possèdent ainsi un intérêt à la protection de leurs données personnelles.
41. Reste à déterminer si l'enseignant possède un intérêt privé digne de protection à entrer en possession du document susnommé.
42. Le Préposé cantonal remarque que l'enseignant a été convoqué à un entretien de service, suite aux dires mensongers de son accusatrice. Une enquête administrative a ensuite été diligentée à son encontre par le Conseil d'Etat, lequel a également prononcé sa suspension provisoire. Par la suite, la procédure administrative a été clôturée et la suspension provisoire révoquée.
43. Le Préposé cantonal relève en outre que les ressources humaines du DIP, dans une communication interne à l'établissement où se sont déroulés les faits, ont indiqué que le précité: avait fait l'objet de la part d'un groupe d'élèves d'une campagne d'attaques diffamatoires l'accusant à tort de comportements contraires à ses devoirs; était un collaborateur absolument digne de confiance; avait été totalement blanchi des accusations mensongères dont il a fait l'objet. Il est en outre précité que l'enseignant avait beaucoup souffert de la situation et qu'il avait dû reprendre son activité professionnelle dans un autre établissement.
44. Le Préposé cantonal, estime que la connaissance de la sanction infligée à l'élève pourrait aider l'enseignant dans son travail de reconstruction, suite à une affaire qui l'a durablement et injustement fait souffrir. Au demeurant, cette information relève aussi d'un intérêt public, à savoir connaître la sanction infligée par le DIP suite à une condamnation pénale pour diffamation. Elle est au surplus susceptible d'éclairer sur la position du Département concernant une faute disciplinaire grave au sein de l'enseignement scolaire.
45. De la sorte, pour le Préposé cantonal, le requérant possède un intérêt privé digne de protection à avoir accès au document querellé. Il importe peu à cet égard que les informations contenues dans la décision du conseil de discipline ne fassent pas partie du dossier administratif de l'enseignant.
46. En définitive, si l'élève possède certes un intérêt privé à ce que la sanction administrative la concernant ne soit pas dévoilée, cet intérêt ne saurait toutefois s'opposer à la communication requise, puisqu'il faut considérer que le demandeur possède un intérêt digne de protection à avoir accès au document querellé, lequel prime l'intérêt de l'élève et celui des autres tiers mentionnés.
47. Une fois les données personnelles caviardées conformément à l'art. 8 RIPAD, rien ne s'oppose à la transmission du document requis.

RECOMMANDATION

48. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande Département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (DIP) de donner accès à la décision du conseil de discipline du 14 juillet 2022, caviardée des données personnelles de tiers.

49. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le Département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).

50. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à:

- Me X., [REDACTED]
- Mme Marie-Christine Maier Robert, responsable LIPAD, Département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (DIP), Direction des affaires juridiques, 6 rue de l'Hôtel-de-Ville, CP 3925, 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.