



Demande d'accès à deux arrêtés émis par l'ancien Département de la sécurité, de la population et de la santé (actuel Département de la santé et des mobilités, DSM), à l'encontre d'un médecin

Recommandation du 15 avril 2024

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

1. Le 5 février 2024, Mme A. et M. B., journalistes à ..., ont rédigé un courriel à l'attention du Département de la santé et des mobilités (DSM). A cette occasion, ils sollicitaient que leur soit transmis *"deux arrêtés émis par l'ancien Département de la sécurité, population et de la santé et l'actuel Département de la santé et des mobilités"*. Ils précisait que *"[l]un remonte au 5 juillet 2021, signé par Monsieur C. Il concerne une suspension du droit de pratique de 3 mois et d'une amende de 20'000 francs à l'encontre de D., médecin genevois. Le second, publié le 20 octobre 2023, signé par Monsieur E., concerne ce même médecin"*.
2. Après analyse, le 15 février 2024, le DSM a refusé de transmettre les deux documents demandés, motifs pris qu'ils comportaient des données personnelles et personnelles sensibles, au sens de l'art. 4 let. a et b LIPAD. Dès lors, ils étaient soustraits au droit d'accès en vertu de l'art. 26 al. 1^{er} et al. 2, let. f à i LIPAD. Le DSM informait par le même courriel les requérants de la possibilité de saisir le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (Préposé cantonal) d'une demande de médiation, dans un délai de 10 jours, conformément à l'art. 30 al. 2 LIPAD.
3. Le même jour, les deux journalistes précités ont pris acte du refus du DSM. Ils comprenaient que les deux documents requis comportaient des données personnelles sensibles. Néanmoins, ils souhaitaient, alors, les recevoir en version caviardée. A défaut, ils informaient le DSM de la saisine du Préposé cantonal pour une demande de médiation.
4. Sans réponse du DSM, s'agissant de la transmission des deux arrêtés sous une forme caviardée, les demandeurs ont requis le Préposé cantonal d'une demande de médiation, par courriel du 21 février 2024.
5. La médiation a eu lieu le 14 mars 2024, en présence de M. B. (requérant), de Mme Perrine Duteil (responsable LIPAD du DSM) et de la Préposée adjointe.
6. Au terme de la rencontre, les parties n'ont pas trouvé d'accord, de sorte qu'une recommandation du Préposé cantonal était sollicitée.
7. Le 19 mars 2024, le Préposé cantonal a pu consulter les documents querellés.

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

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 let. a LIPAD).
10. A ce propos, l'exposé des motifs à l'appui du PL 8356 relève: *"[l]a 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).
11. 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).
12. 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.
13. 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).
14. 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).
15. 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).
16. 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).
17. 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.
18. 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).

19. 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).
20. L'institution peut notamment refuser de donner suite à une demande d'accès lorsque l'accès aux documents est propre à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (art. 26 al. 2 let. f LIPAD). La lettre f a donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour de justice afin de clarifier cette exception ; exception qu'il ne faut cependant pas admettre trop facilement selon elle, "*sauf à priver de toute effectivité –vu que presque tous les documents détenus par l'administration contiennent des données concernant des tiers – la volonté du législateur de renverser, avec l'application de la LIPAD, le principe du secret de l'administration pour faire primer celui de la publicité (MGC 2000/VIII 7694)*" (ATA/560/2015 du 2 juin 2015).
21. Par données personnelles ou données, la LIPAD vise toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable (art. 4 let. a LIPAD). Sont de même qualifiées de données personnelles sensibles, notamment, les données personnelles sur la santé, la sphère intime ou des sanctions pénales ou administratives (art. 4 let. b ch. 2 et 4 LIPAD).
22. La Cour a précisé que "*l'exception au droit d'accès prévue à l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD vise à ce que l'accès aux documents ne rende pas inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers. Ces restrictions légales-ci sont prévues à l'art. 39 LIPAD (ATA/758/2015 du 28 juillet 2015 consid. 9; ATA/767/2014 précité). La communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé est réglée par l'art. 39 al. 9 LIPAD*" (ATA/213/2016 du 8 mars 2016, consid. 7b). Ainsi, l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD renvoie à l'art. 39 al. 9 LIPAD s'agissant de la possibilité de divulguer à une personne de droit privé des documents contenant des données personnelles. Cette dernière disposition requiert l'existence d'un intérêt privé digne de protection du requérant, devant être mis en balance avec l'intérêt privé des personnes au sujet desquelles lesdites données sont traitées. Au demeurant, la LTrans ne connaît pas d'exception similaire. Son art. 7 al. 2 se réfère uniquement à la notion de sphère privée, prévue en droit genevois par l'art. 26 al. 2 let. g LIPAD.
23. Pour exemple, à la suite d'une demande d'accès à une décision concernant une sanction administrative infligée à un médecin, la Cour de justice a considéré qu'il y avait 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).

24. De plus, l'institution peut également refuser de donner suite à une demande d'accès lorsque celle-ci porte atteinte à la sphère privée ou familiale (art. 26 al. 2 let. g LIPAD). Il faut, cependant, que l'atteinte à la sphère privée soit *notable*. Elle 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).
25. La LTrans se réfère également à la notion de sphère privée des tiers, dans le cadre d'une exception à l'accès aux documents (art. 7 al. 2. LTrans). Dans les critères à prendre en considération dans le cadre de la pesée des intérêts, la jurisprudence et la doctrine mentionnent, notamment, la fonction de la personne considérée (par exemple, s'agit-il d'une personne publique ou non?) (voir notamment l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3609/2010 du 17 février 2011) et les conséquences d'une divulgation pour la personne concernée ou l'intérêt à la transparence (les enjeux politiques ou la protection d'un intérêt public) (Häner Isabelle, Basler Kommentar, 3^{ème} éd., Bâle, n°58-65 ad art. 7 LTrans).
26. Un refus de donner suite à une demande d'accès aux documents peut, de même, être prise si cet accès révèle des informations sur l'état de santé d'une personne (art. 26 al. 2 let. h LIPAD). Il s'agit là de l'un des aspects essentiels de la sphère privée (MGC 2000 45/VIII 7697).
27. En outre, l'art. 26 al. 2 let. i LIPAD autorise le refus d'accès si l'accès est propre à révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique. Les secrets professionnels mentionnés ici sont ceux que vise l'art. 321 CP.
28. Finalement, l'institution peut également refuser un accès à un document dont la satisfaction entraînerait un travail manifestement disproportionné (art. 26 al. 5 LIPAD).
29. Le Tribunal administratif, puis la Cour de justice, ont déterminé ce qu'est un "*travail manifestement disproportionné*". Ainsi, un travail de tri et de caviardage portant sur huit volumes reliés par des anneaux et sur cinq classeurs fédéraux, détenus par l'autorité de surveillance des offices des poursuites et faillites est un travail considérable au vu de l'importance et de la masse desdits documents (ATA/231/2006 du 2 mai 2006, consid. 5). De même, la recherche des subventions versées à une association durant une période de près de 20 ans est manifestement disproportionnée au vu de l'étendue de la période visée et du fait que la recherche et le classement des documents demandés n'étaient pas couverts par les obligations instaurées par la LIPAD, car antérieurs à sa mise en œuvre (ATA/564/2008 du 4 novembre 2008).
30. Par contre, la mise à disposition de dix arrêts rendus par la Cour de justice en application de la loi sur la responsabilité de l'État et des communes, estimée à une durée de six heures, ne constitue pas un travail manifestement disproportionné (ATA/307/2008 du 10 juin 2008). Tel n'est pas le cas non plus de l'établissement d'une liste de chauffeurs de taxi se trouvant dans un système informatique et nécessitant huit heures de travail environ (ATA/ 919/2014 du 25 novembre 2014).
31. 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).

32. 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.
33. 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).
34. 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).
35. 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.
36. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
37. 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).

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

38. Selon l'art. 6 let. f du règlement sur les commissions officielles du 10 mars 2010 (RCOf; RSGe A 2 20.01), la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients dépend du Département de la santé et de la mobilité (DSM). Ce dernier est l'un des sept départements de l'administration cantonale (art. 1 al. 1 let. e du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1^{er} juin 2023; ROAC; RSGe B 5 05). De la sorte, la LIPAD lui est applicable (art. 3 al. 1 let. a).
39. S'agissant de l'objet de la présente recommandation, les documents querellés ont trait à deux arrêtés, des 5 juillet 2021 et 20 octobre 2023, émis par l'ancien Département de la sécurité, de la population et de la santé (actuel DSM), à l'encontre d'un médecin.
40. En l'occurrence, le DSM avance l'art. 26 al. 1^{er} et al. 2, let. f à i LIPAD pour s'opposer à la transmission des arrêtés précités, motifs pris qu'ils comportaient, en effet, des

données personnelles et personnelles sensibles, au sens de l'art. 4 let. a et b de la LIPAD. Dès lors, ils étaient soustraient au droit d'accès en vertu de l'art. 26 al. 1^{er} et al. 2, let. f à i LIPAD.

41. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal relève, en premier lieu, que les documents auxquels la requérante demande d'avoir accès comportent des données personnelles, dans la mesure où ils visent un professionnel de la santé, ainsi que des données personnelles sensibles, puisqu'ils ont trait à des procédures disciplinaires ouvertes à son encontre et que des données sur la santé de patient/e/s soumises au secret professionnel, y figurent. Ces données requièrent ainsi une protection accrue. Dès lors, le DSM était en droit de soustraire ces documents au droit d'accès.
42. Le Préposé cantonal relève que l'accès à des données personnelles, qu'elles soient en outre qualifiées de sensibles ou non, doit s'examiner à la lumière de l'art. 39 al. 9 LIPAD, en raison du renvoi de l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD. C'est précisément cette disposition que le DSM invoque pour justifier son refus de transmettre les deux arrêtés litigieux. Le Préposé cantonal doit ainsi se prononcer sur la réalisation, ou non, d'une des deux hypothèses prévues par l'art. 39 al. 9 LIPAD.
43. En l'espèce, le Préposé cantonal ne peut que constater que, d'une part et sous réserve du cas du retrait ou de la révocation de l'autorisation de pratiquer publiés dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (FAO) conformément à l'art. 128 al. 4 de la loi sur la santé (LS) du 7 avril 2006 (RSGe K 1 03), il n'existe pas, dans le domaine des professions de la santé, de loi ou de règlement prévoyant explicitement la communication d'une sanction administrative à des tiers de droit privé.
44. A ce propos, dans une jurisprudence de 2014 (ATA 767/2014), la Cour de justice a considéré qu'il y avait 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.
45. Le Préposé cantonal relève que le Tribunal fédéral a lui-même jugé, dans une récente jurisprudence, que la publication d'une sanction pouvait avoir un effet dissuasif parfois plus important que la sanction elle-même. La publication d'une mesure disciplinaire, mesure exhaustivement prévue par le droit fédéral selon l'art. 43 de la loi sur les professions médicales universitaires (LPMéd; RS 811.11), devait alors être considérée comme une sanction en soi (ATF 143 I 352).
46. De plus, les requérants n'invoquent aucun intérêt privé, alors qu'il existe un intérêt privé évident pour le médecin concerné par la sanction disciplinaire à la protection de sa sphère privée, et en particulier la protection de ses données, garantie par l'art. 13 de la Constitution fédérale et par l'art. 8 de la CEDH. Le Préposé cantonal rappelle que le but de la LIPAD est de rendre transparente l'activité de l'administration genevoise, et non l'activité de personnes privées, même si, comme en l'espèce, certaines catégories de privés professionnels de la santé voient leur activité soumise à la surveillance étatique. En effet, la mission consistant à s'assurer que les médecins pratiquant dans le canton de Genève exercent leur métier conformément aux règles légales applicables à leur profession ne revient pas aux particuliers mais au département (art. 6 al. 2 et 3 LS) et à la commission (art. 10 LS ; art. 1 al. 1, 2 let. a et art. 7 de la loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients, LComPS, K 3 03) dans le cadre de leurs compétences respectives. Au vu de ce qui précède, le Préposé est d'avis que dans la présente affaire, 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, sans intérêt particulier des requérants à mettre en balance.

47. Ainsi, l'intérêt privé du médecin apparaît pour le Préposé cantonal comme prépondérant et s'oppose à la communication des deux arrêtés litigieux, en application de l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD.
48. S'agissant encore d'un possible caviardage, un accès partiel devant être préféré à un simple refus d'accès pour autant que cela n'entraîne pas un travail disproportionné (art. 27 al. 1^{er} et 2 LIPAD), au vu de la jurisprudence en la matière exposée ci-avant et de la nature et du contenu des documents requis – des données personnelles sensibles au sens de l'art. 4 let. b LIPAD s'y trouvant –, le Préposé cantonal est d'avis qu'il pourrait déformer leurs contenus informationnels avec le risque d'induire en erreur sur le sens ou la portée desdits documents. De plus, il n'empêcherait pas une possible reconstitution des informations.
49. En conséquence, le Préposé cantonal recommande au DSM de rejeter les prétentions du demandeur relatives à la LIPAD.

RECOMMANDATION

50. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au DSM de ne pas transmettre aux requérants les arrêtés du 5 juillet 2021 et du 20 octobre 2023.
51. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le DSPS doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).
52. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à:
- Mme A. et M. B.,
 - Mme Perrine Duteil, responsable LIPAD, Département de la santé et des mobilités (DSM), 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.