



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

Recommandation du 14 mars 2024

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 faits en octobre 2016 (vraisemblablement à...), en mars 2017 (vraisemblablement...) et en février 2018 (vraisemblablement ...).
 - L'agenda de M. A d'octobre 2016, mars 2017 et février 2018, 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. Il souligne 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*».
10. Le 3 novembre 2022, la Préposée adjointe a constaté ne pas être en mesure de rendre une recommandation, n'ayant pas pu avoir accès aux documents querellés. Elle a toutefois souligné que, conformément à l'art. 30 al. 3 LIPAD, la consultation desdits documents aurait dû lui être octroyée.
11. Le 9 janvier 2024, le Préposé cantonal s'est vu communiquer par la Chambre administrative de la Cour de justice un arrêt du 19 décembre 2023 (ATA/1354/2023) relatif à la présente affaire. Selon la Cour, la Commission de gestion du Pouvoir judiciaire et le procureur avaient l'obligation de communiquer au Préposé cantonal la pièce sollicitée. Il en résultait que la procédure était viciée au regard des exigences procédurales de l'art. 30 al. 3 et 5 LIPAD. Pour les juges, "*Lorsqu'une procédure de médiation a été engagée, la formulation d'une recommandation par le Préposé, sur la base du contenu du document requis, ne constitue pas une simple prescription d'ordre mais une exigence formelle qui ne peut être éludée, sauf à vider la loi de son sens et de son but. En effet, il ressort tant du texte de la LIPAD que des travaux préparatoires relatifs à cette loi que le Préposé cantonal a un poids prépondérant puisqu'il est chargé de veiller à sa bonne application, et surtout qu'il a l'obligation – et non la simple faculté – de prendre position sur la communication du document litigieux. Sa recommandation, même si elle n'est pas contraignante, est au demeurant importante puisqu'elle permet d'orienter l'autorité dans sa future décision. Il sera à cet égard précisé qu'une recommandation par laquelle le Préposé s'abstiendrait, comme en l'espèce, de prendre position, n'est pas suffisante pour répondre aux exigences de l'art. 30 al. 5 LIPAD. Il s'ensuit que l'absence de recommandation sur la communication du document requis constitue un vice procédural incompatible avec les exigences découlant de la procédure de médiation et qui doit ainsi emporter l'annulation de la décision considérée*". La décision de refus d'accès aux documents rendue le 16 novembre 2022 par la Commission de gestion a été annulée et la cause lui a été renvoyée afin qu'elle prenne une nouvelle décision après que le Préposé cantonal aura rendu une recommandation sur la communication du document requis, lequel lui sera transmis par la Chambre dès l'entrée en force de l'arrêt.

12. Par courrier du 29 janvier 2024, la Commission de gestion du pouvoir judiciaire a indiqué que, conformément à l'arrêt de la Cour de justice, elle attendait la recommandation du Préposé cantonal, sollicitant que les pièces remises par la Cour de justice y soient jointes. En effet, M. A avait toujours refusé de lui transmettre son agenda. Elle a souligné que le Pouvoir judiciaire n'est pas "en possession" de l'agenda requis au sens de l'art. 24 LIPAD, seul l'utilisateur l'étant: une boîte aux lettres électronique avec un agenda est mise à disposition du personnel et des juges, mais leur utilisation relève de la responsabilité de l'utilisateur, qui est le seul en leur possession.
13. Le 6 février 2024, Me X sollicitait la recommandation du Préposé cantonal faisant suite à l'arrêt de la Cour du 19 décembre 2023. Ce dernier l'a informé ne pas être en possession des documents querellés.
14. La Cour a transmis au Préposé cantonal les documents querellés par courrier du 1^{er} mars 2024.
15. Le 4 mars 2024, la Préposée adjointe a adressé un courriel à M. A sollicitant sa détermination sur la demande d'accès à son agenda; elle lui a également demandé de bien vouloir lui confirmer qu'il ne s'opposait pas à la transmission de son agenda au Président de la commission de gestion du Pouvoir judiciaire, avec la recommandation.
16. Le 6 mars 2024, M. A a fait part de son opposition à la transmission au requérant de tout ou partie de son agenda, agenda qui n'est destiné qu'à lui-même et à l'organisation de ses activités et est strictement personnel et confidentiel. Il a indiqué que l'agenda n'a pas vocation à organiser l'activité d'autres personnes et ne donne aucune vue de l'activité publique du Ministère public ou d'un cabinet. Par ailleurs, des informations sensibles y figurent, de sorte que l'art. 26 al. 2 litt. a, d et e LIPAD s'opposerait à sa divulgation, car cela pourrait compromettre des investigations ou des relations avec d'autres cantons, la Confédération ou d'autres Etats. Finalement, M. A relève que le requérant n'a pas fait valoir d'intérêt privé prépondérant à l'obtention sous l'angle de la LIPAD de documents auxquels il n'a pas pu avoir accès sous l'angle du Code de procédure pénale ou de l'EIMP. En dernier lieu, il a précisé ne pas s'opposer à *"la transmission au président de la commission de gestion des impressions des pages de mon agenda que j'ai transmises au juge rapporteur de la chambre administrative"*.

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

17. 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.
18. 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).
19. 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".

20. 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).
21. 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).
22. 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.
23. 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).
24. 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).
25. 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."

26. 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).
27. 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).
28. 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.
29. 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.
30. L'art. 26 al. 2 litt. a LIPAD prévoit que l'accès peut être refusé s'il est de nature à mettre en péril la sécurité de l'Etat, la sécurité publique, les relations internationales de la Suisse ou les relations confédérales.
31. Selon l'art. 26 al. 2 litt. d et e, l'accès aux documents ne saurait compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi, ni rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives. 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/document/19070/telecharger>), 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/document/19071/telecharger>).
32. 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 sous-*

traire 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).

33. 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).*
34. Enfin, le 12 janvier 2021 (1C_367/2020), les juges de Mon Repos ont examiné les liens entre lois de procédure et lois sur la transparence. Ils ont 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.*
35. 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).

36. 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).
37. 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.
38. 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).
39. 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).
40. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
41. 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.
42. 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.
43. En 2008, la loi a fait l'objet d'une révision importante: la protection des données personnelles a été ajoutée au volet transparence. De la sorte, un autre objectif figure désormais dans le texte: protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant.
44. 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). 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.

45. La loi énonce un certain nombre de principes généraux régissant la protection des données personnelles (art. 35 à 40 LIPAD).
46. 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).
47. 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*".
48. Selon l'art. 46 LIPAD, "*1 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*".
49. L'art. 47 LIPAD détermine, par ailleurs, 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.

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

50. 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), sous réserve du traitement des données personnelles effectué par les juridictions en application des lois de procédure, aux fins de trancher les causes dont ils sont ou ont été saisis (art. 3 al. 3 litt. b LIPAD). La LIPAD est donc applicable en l'espèce, la requête portant sur document administratif (art. 2 RADPJ).
51. 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 2016, mars 2017 et février 2018, les informations sans lien avec le requérant pouvant être caviardées.
52. A l'appui du refus de communiquer l'agenda requis, le Pouvoir judiciaire, tout comme le Procureur concerné, ont indiqué que l'agenda n'était pas un document officiel au sens de la LIPAD, dans la mesure où il était utilisé par le Procureur uniquement pour

un usage personnel. De plus, le Pouvoir judiciaire a indiqué ne pas être en possession dudit agenda, ni y avoir accès, seul le Procureur titulaire de l'agenda pouvant y accéder.

53. Conformément à l'art. 25 al. 1 LIPAD, sont des documents "*tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique*". L'art. 25 al. 4 LIPAD prévoit que les notes à usage personnel ne constituent pas des documents au sens de la LIPAD.
54. Dans un arrêt du 23 juin 2016 (ATF 142 II 324, JT 2017 I 13), le Tribunal fédéral avait retenu que l'agenda Outlook de l'ancien chef de l'armement était un document officiel, relevant que les informations qui y étaient contenues dépeignaient son activité officielle, qu'il était utilisé pour y consigner des tâches publiques, servant non seulement à l'organisation individuelle de son détenteur, mais également à la communication et à la coopération entre collaborateurs.
55. En l'espèce, l'agenda Outlook est mis à disposition du Procureur par le Pouvoir judiciaire, du fait de sa fonction au sein de cette institution publique et en lien avec son adresse électronique rattachée à ladite institution. Comme tout agenda Outlook, il permet à son détenteur de 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; il permet également d'envoyer des invitations à participer à des séances. Le réglage des autorisations dépend du titulaire de l'agenda. Ad minima, les autres membres du personnel de l'institution peuvent savoir si des plages horaires sont occupées ou libres.
56. A l'instar de ce que la Cour de Justice a retenu dans son arrêt du 19 décembre 2023 (ATA/1354/2023) rendu dans la présente affaire, l'agenda considéré contient trois catégories d'occurrence, à savoir des rendez-vous privés, des audiences concernant d'autres procédures pénales que celles visant le requérant et trois occurrences concernant expressément – et deux potentiellement – la procédure pénale concernant le requérant. L'on peut donc retenir que l'agenda est utilisé, à tout le moins en partie, en rapport avec l'accomplissement de sa fonction de Procureur et donc pour exécuter des tâches publiques. Il s'agit donc d'un support d'informations relatif à l'accomplissement d'une tâche publique.
57. Le Pouvoir judiciaire conteste être "en possession" de l'agenda, seul l'utilisateur l'étant. Bien que seul ce dernier puisse octroyer des accès, force est de constater que, s'il n'était pas rattaché au Pouvoir judiciaire, l'utilisateur ne disposerait pas de l'agenda Outlook dont il est question. C'est bien en raison de sa fonction qu'il lui est mis à disposition et dans le cadre de cette fonction qu'il est utilisé. Si le Procureur quitte sa fonction de magistrat (ou toute fonction auprès du Pouvoir judiciaire), il perd l'accès audit agenda. L'on ne saurait dès lors considérer que l'agenda n'est pas détenu par le Pouvoir judiciaire au sens de l'art. 25 al. 1 LIPAD. Dès lors, l'agenda querelé doit être considéré comme un document au sens de l'art. 25 al. 1 LIPAD.
58. Reste à examiner si ledit agenda doit être considéré comme des "notes à usage personnel" au sens de l'art. 25 al. 4 LIPAD, l'agenda n'étant utilisé que par le Procureur.
59. La question est délicate à trancher; toutefois plusieurs éléments tendent à démontrer qu'il ne s'agit pas de "notes à usage personnel" au sens de l'art. 25 al. 4 LIPAD, mais bien d'un outil utilisé pour la conduite du cabinet du Procureur : l'agenda Outlook est mis à disposition par l'institution publique, en dépend, et apparaît, au vu des diverses inscriptions qui y figurent, comme utilisé pour la conduite du cabinet du Procureur, même si certaines inscriptions ont trait à des rendez-vous privés. De plus, concernant

l'art. 25 al. 4 LIPAD, l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi précisait: "*Quand bien même elles concerneraient l'accomplissement de tâches publiques, des notes à usage personnel de collaborateurs de la fonction publique relèvent en quelque sorte de la sphère privée de ces derniers. Il importe par ailleurs que les rédacteurs de documents puissent faire évoluer leurs textes et travailler dans des conditions de sérénité avant qu'il ne soit possible d'accéder au produit de leur travail*" (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII 7694). Or, en l'espèce, l'agenda n'est pas un document en cours d'élaboration qui devrait aboutir à un autre document, qui, lui, serait final, mais un outil d'aide organisationnelle. De plus, il s'agit d'un outil pensé non seulement pour l'organisation individuelle, mais également pour l'organisation d'un service / d'une institution. En effet, les plages horaires libres, respectivement occupées, sont visibles de tous, indépendamment des choix opérés par l'utilisateur.

60. Au vu de ce qui précède, il apparaît que l'agenda Outlook dont il est question doit être considéré comme un document au regard de la LIPAD.
61. Il sied encore d'examiner si des exceptions au principe de la transparence trouvent application.
62. A cet égard, pour rappel, la demande d'accès se limite aux extraits de l'agenda de M. A d'octobre 2016, mars 2017 et février 2018, s'agissant des informations en lien avec le requérant, toutes les autres informations pouvant être caviardées.
63. A titre liminaire, l'on peut relever que la demande n'intervient pas dans le but énoncé par la loi en lien avec son volet "transparence", à savoir favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique, mais en lien avec un intérêt privé de partie à une procédure pénale. Toutefois, conformément à l'art. 24 al. 1 LIPAD, tout personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue par la loi, de sorte que la demande ne saurait être écartée pour ce motif, ce d'autant plus qu'une requête n'a pas à être motivée (art. 28 al. 1 LIPAD).
64. Selon le Pouvoir judiciaire, l'art. 26 al. 2 litt. a, d et e LIPAD s'oppose à l'accès au document sollicité, car cela pourrait compromettre des enquêtes ou des relations avec d'autres cantons, la Confédération ou d'autres Etats.
65. En l'espèce, l'examen de ces exceptions n'intervient que pour les occurrences concernant la procédure à laquelle le requérant est partie, les autres éléments pouvant être d'emblée caviardés, conformément au champ limité de la requête.
66. Selon l'art. 26 al. 2 litt. a LIPAD, l'accès peut être refusé s'il est de nature à mettre en péril la sécurité de l'Etat, la sécurité publique, les relations internationales de la Suisse ou les relations confédérales. En l'espèce, sans autre argumentation, l'on voit mal à quelle(s) occurrence(s) figurant dans les extraits d'agenda requis cette exception pourrait s'appliquer.
67. Conformément à l'art. 26 al. 2 litt. d et e LIPAD, l'accès aux documents ne saurait compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi, ni rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives. Cette exception a pour vocation de faire le joint entre la LIPAD et les lois de procédure, en particulier le code de procédure pénale.

68. Le Tribunal fédéral a précisé les liens entre les lois sur la transparence et les lois de procédure, dans un arrêt du 12 janvier 2021 (1C_367/2020). Bien que la terminologie et la systématique des lois examinées dans l'arrêt précité diffèrent sensiblement de celles de la LIPAD, l'esprit est le même. L'on peut donc s'y référer. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré 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.
69. A l'aune de cette jurisprudence, il est évident qu'un agenda en tant que tel n'est pas élaboré en vue ou dans le cadre d'une procédure judiciaire. Par contre, les inscriptions dans un agenda relatives à une procédure judiciaire sont indéniablement intervenues dans ce cadre. L'accès à ces informations ne doit pas interférer avec les procédures en cours, ni compromettre des enquêtes, conformément à ce que prévoit l'art. 26 al. 2 litt. d et e LIPAD. En l'espèce, il n'a pas été indiqué en quoi les extraits sollicités de l'agenda du Procureur A pourraient avoir une telle incidence. Dans la mesure où elles n'apparaissent pas de nature à compromettre une enquête, l'accès devrait être octroyé.

RECOMMANDATION

70. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande de transmettre au requérant l'agenda de M. A d'octobre 2016, mars 2017 et février 2018, caviardé des informations sans lien avec le requérant, ainsi que des éléments en lien avec le requérant, dont l'accès est de nature à compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement de l'enquête pénale, ou de rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures dont il est question.
71. Le présent acte est notifié par pli recommandé à :
- a. Me X
 - b. M. B, Président, Commission de Gestion du Pouvoir judiciaire, Pouvoir judiciaire, Secrétariat général, 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.