



## **Demande d'accès à l'agenda d'une Procureure, ainsi qu'à des échanges électroniques entre une Procureure et des Inspecteurs**

### **Recommandation du 7 juin 2024**

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

1. Le 29 décembre 2023, Me X, avocat, représentant les intérêts de Mme Y, a demandé l'accès auprès du Service des affaires juridiques du Pouvoir judiciaire (PJ), à divers documents, à savoir:
  - l'agenda de la Procureure A, de décembre 2016 à novembre 2017, les informations sans lien avec la mandante de Me X, des procédures relatives à la traite d'êtres humains ou tout rendez-vous avec la Brigade de lutte contre la traite d'êtres humains et la prostitution illicite de la police judiciaire (BTPI) ou tout rendez-vous en lien avec la traite d'êtres humains pouvant être caviardées ;
  - tout échange de courriels entre Mme A et la BTPI, respectivement tout inspecteur de la BTPI de décembre 2016 à novembre 2017.

A l'appui de sa requête, Me X indique que sa mandante fait l'objet d'une procédure pénale à Genève. Les documents requis n'ont pas été versés à ladite procédure, de sorte qu'il ne s'agit pas de pièces à la procédure pénale, mais de documents administratifs au sens du règlement du Pouvoir judiciaire sur l'accès aux documents et aux données personnelles du 1<sup>er</sup> novembre 2021 (RADPJ; RSGe E 2 05.52) dont l'accès est régi par la LIPAD. Aucune exception au droit d'accès au sens de l'art. 26 LIPAD n'étant réalisée, les documents doivent ainsi être transmis.

2. Par courrier du 25 janvier 2024, le Président de la Commission de gestion du Pouvoir judiciaire a indiqué que ladite Commission n'est pas en possession des courriels et de l'agenda requis, qui relèvent de la responsabilité du membre du personnel ou du juge. Il ne pouvait dès lors autoriser l'accès sollicité.
3. Par courriel du 26 janvier 2024, Me X a saisi le Préposé cantonal d'une demande de médiation, proposant d'attirer Mme A à la procédure.
4. Une rencontre de médiation a eu lieu le 26 février 2024 en présence du Préposé cantonal, de Me X et de la responsable LIPAD du Pouvoir judiciaire.
5. Suite à la médiation, par courriel du 4 mars 2024, le Préposé cantonal a sollicité la Procureure dont l'accès à l'agenda était requis, afin de connaître sa position. Sans réponse de sa part, le Préposé cantonal l'a relancée le 30 avril 2024.
6. En l'absence de réponse de la Procureure, le Préposé cantonal a relancé la responsable LIPAD du Pouvoir judiciaire le 24 mai 2024.
7. Le 31 mai 2024, le Président de la Commission de gestion du Pouvoir judiciaire a adressé un courrier au Préposé cantonal, par lequel il se déterminait ainsi: les documents sollicités n'ont pas été versés à la procédure pénale, mais ils la concernent, de

sorte que la question de l'application de la LIPAD se pose. L'art. 3 al. 3 litt. b LIPAD exclut les activités juridictionnelles du champ d'application de la loi. Au sens du législateur genevois, les documents qui concernent l'activité judiciaire, même s'ils ne sont pas versés au dossier, sont des documents judiciaires. Par conséquent, la demande d'accès porte sur une activité juridictionnelle hors champ d'application de la LIPAD, de sorte qu'il ne sera pas donné suite à la demande du Préposé. De plus, les documents sollicités ne sont pas des "documents" au sens de la LIPAD, si l'on devait faire "indûment" application de la LIPAD.

8. Faute de succès de la médiation, le Préposé cantonal a transmis le dossier à la Préposée adjointe pour recommandation. Cette dernière n'a pas pu consulter les documents querellés.

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

9. L'entrée en vigueur de la LIPAD, le 1<sup>er</sup> 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.
10. 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).
11. 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"*.
12. 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, ainsi que les administrations et les commissions qui en dépendent"* (litt. a).
13. Selon l'art. 3 al. 3 litt. b LIPAD, le traitement de données personnelles par les institutions publiques n'est pas soumis à la présente loi lorsqu'il est effectué par le Conseil supérieur de la magistrature, les juridictions et les autres autorités judiciaires en application des lois de procédure pénale, civile, administrative ou d'entraide judiciaire ou d'autres lois régissant leurs activités, aux fins de trancher les causes dont ils sont ou ont été saisis ou de remplir les tâches de surveillance dont ils sont ou ont été investis, sous réserve de l'article 39 alinéa 3. Au sujet de cette disposition, il était précisé dans l'exposé des motifs accompagnant la loi que *"l'article 3, alinéa 2, lettre b LPDP constitue une clause d'exclusion du champ d'application à raison de l'entité chargée de procéder au traitement, en faveur du pouvoir judiciaire. Il n'est guère possible de définir a priori l'activité juridictionnelle d'une manière plus précise que celle qui figure ici, mais le but visé est d'exclure clairement toute l'activité juridictionnelle du pouvoir judiciaire, seules les activités à caractère non juridictionnel permettant l'application de la loi"* (MGC 2005-2006 X A 8490).

14. Selon l'art. 2 al. 1 et 2 du règlement du Pouvoir judiciaire sur l'accès aux documents et aux données personnelles du 1<sup>er</sup> 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.
15. L'art. 3 al. 1 RADPJ prévoit que l'accès aux documents judiciaires de procédures en cours est régi par le droit de procédure. Il est pour le surplus régi, s'agissant des décisions judiciaires, par le RADPJ. Son alinéa 3 dispose que l'accès aux documents administratifs non archivés est régi par la LIPAD et le RADPJ. Finalement, selon l'alinéa 5, l'accès aux données personnelles contenues dans des procédures judiciaires est régi par le droit de procédure et le RADPJ.
16. 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).
17. 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.
18. 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).
19. 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).
20. 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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 indivi-*

*duels. 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."*

21. 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).
22. 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). L'exposé des motifs précise que les notes à usage personnel doivent être comprises comme les notes prises à l'usage exclusif de celui qui les prend, et non les notes adressées même confidentiellement à une personne déterminée (MGC 2000 45/VIII 7694).
23. 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.
24. Selon 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. L'exposé des motifs à l'appui du PL 8356 précise que "*[c]es 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>).
25. En 2016, le Tribunal fédéral avait estimé que la LIPAD ne s'appliquait pas aux procédures (civiles, pénales ou administratives) pendantes: "*[i]l est vrai que la LIPAD ne s'applique pas aux procédures, civiles, pénales et administratives en cours. Le législateur genevois a certes considéré qu'il n'y avait pas de raison de principe de soustraire le pouvoir judiciaire au principe de la transparence sur ses activités. Toutefois, pour les procédures pendantes, les règles relatives à la consultation du dossier sont*

fixées par les différentes lois de procédure" (arrêt 1C\_604/2015, du 13 juin 2016, cons. 4.4).

26. 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 que "[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).
27. 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.
28. De plus, un accès partiel doit être préféré à un simple refus d'accès à un document dans la mesure où seules certaines données ou parties du document considéré doivent être soustraites à la communication. Les mentions à soustraire au droit d'accès doivent être caviardées de façon à ce qu'elles ne puissent être reconstituées et que le contenu informationnel du document ne s'en trouve pas déformé au point d'induire en erreur sur le sens ou la portée du document (art. 27 al. 1 et 2 LIPAD).
29. En ce qui concerne particulièrement la procédure d'accès aux documents, en application de l'art. 30 al. 1 LIPAD, toute personne peut déposer une demande en médiation lorsque sa demande n'est pas honorée ou lorsque l'autorité tarde à répondre.

30. Le Préposé cantonal mène la procédure de médiation de manière informelle, en recueillant la position des institutions et des personnes concernées sur le document demandé et sur son accès, selon un mode de communication adapté à la complexité de la requête et conformément au principe d'économie de procédure. Il entend les parties et peut les réunir. 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).
31. Dans leur pratique, le Préposé cantonal et la Préposée adjointe organisent des rencontres de médiation lors desquelles ils font signer aux participants un engagement à la médiation qui souligne la confidentialité du processus. Ce document est également signé par la personne qui représente le Préposé cantonal durant la procédure (soit le Préposé cantonal, soit la Préposée adjointe).
32. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
33. 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.
34. 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 alors la Préposée adjointe qui rédige la recommandation et inversement.
35. 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.
36. Par données personnelles, il faut comprendre "*toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable*" (art. 4 litt. a LIPAD). 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.
37. La loi énonce un certain nombre de principes généraux régissant la protection des données personnelles (art. 35 à 40 LIPAD).
38. Le droit d'accès aux données personnelles institué par l'art. 44 al. 1 LIPAD traite de la possibilité pour une personne de demander au responsable de l'institution publique requise si des données la concernant sont traitées et, le cas échéant, que soient communiquées: "*a) toutes les données la concernant contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données; b) sur demande, les informations relatives au fichier considéré contenues dans le catalogue des fichiers*" (art. 44 al. 2 LIPAD).
39. A la forme, l'art. 45 LIPAD prévoit que "*[l]a communication de ces données et informations doit être faite sous une forme intelligible et, en règle générale, par écrit et gratuitement*".

40. Selon l'art. 46 LIPAD, "<sup>1</sup> 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. <sup>2</sup> Un accès partiel ou différé doit être préféré à un refus d'accès dans la mesure où l'intérêt public ou privé opposé reste sauvegardé".
41. L'art. 47 LIPAD détermine, 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 :**

42. Les documents requis concernent d'une part l'agenda d'une Procureure (sous réserve de caviardage de certains éléments) et, d'autre part, des échanges électroniques entre ladite Procureure et des policiers.
43. A l'appui du refus de communiquer au requérant les documents querellés, le Pouvoir judiciaire relève tout d'abord que l'art. 3 al. 3 litt. b LIPAD exclut les activités juridictionnelles du champ d'application de la loi. Selon lui, au sens du législateur genevois, les documents qui concernent l'activité judiciaire, même s'ils ne sont pas versés au dossier, sont des documents judiciaires. Par conséquent, la demande d'accès porte sur une activité juridictionnelle hors champ d'application de la LIPAD.
44. La LIPAD s'applique au pouvoir judiciaire (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). Par ailleurs, si le volet "transparence" de la loi s'applique au Pouvoir judiciaire, l'art. 26 al. 2 litt. e LIPAD prévoit que l'accès peut être refusé s'il est de nature à rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives.
45. Ces dispositions sont précisées par l'art. 2 RADPJ qui définit comme document judiciaire les décisions judiciaires ainsi que les autres documents d'une procédure judiciaire et comme document administratif tout autre document traité par le pouvoir judiciaire. L'accès aux documents judiciaires de procédures en cours est régi par le droit de procédure. L'accès aux documents administratifs non archivés, quant à lui, est régi par la LIPAD et le RADPJ. Enfin, l'accès aux données personnelles contenues dans des procédures judiciaires est régi par le droit de procédure et le RADPJ (art. 3 RADPJ).
46. Au sujet de ces dispositions, le Préposé cantonal avait retenu, dans son avis du 7 septembre 2021 (<https://www.ge.ch/document/26461/telecharger>) concernant la procédure de consultation relative au projet de règlement du Pouvoir judiciaire sur l'accès aux documents et aux données personnelles ce qui suit: "[l']art. 3 al. 1 RADPJ concrétise l'exception à la transparence passive contenue à l'art. 26 al. 2 litt. e LIPAD

*(restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives). Il prévoit en effet que les demandes d'accès aux documents judiciaires de procédures en cours sont régies par le droit de procédure, soit les normes applicables à une procédure judiciaire déterminée (art. 2 al. 3 RADPJ), notamment le code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC; RS 272), le code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP; RS 312.0), la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA; RSGE E 5 10) ou encore la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 (LaCC; RSGE E 1 05)". De plus, selon l'exposé des motifs accompagnant le projet de règlement, il était indiqué, "[u]n nouveau chapitre a été créé pour traiter de l'accès aux documents administratifs du Pouvoir judiciaire. Ces documents sont accessibles selon une procédure différente de celle prévue pour accéder aux documents judiciaires, notamment en ce qui concerne la compétence de la ou du préposé-e à la protection des données et à la transparence (PPDT), qui n'intervient pas dans le cadre de demandes d'accès aux documents judiciaires. Dès lors que l'accès aux documents judiciaires est soumis aux lois de procédure ou à la LArch, la ou le PPDT n'intervient que s'agissant des demandes d'accès à des documents administratifs du Pouvoir judiciaire". Le Proposé cantonal avait considéré que cette lecture "apparaît compatible avec le dernier arrêt de notre Haute Cour en la matière (1C\_367/2020)".*

47. Il sied en l'espèce d'examiner si les documents requis doivent être qualifiés de documents judiciaires ou administratifs.
48. S'agissant de **l'agenda de la Procureure**, l'on ne saurait retenir qu'il s'agit d'un document judiciaire ou qu'il a été élaboré, en tant que tel, dans le cadre d'une procédure en cours. Cela va dans le sens de ce que la Cour de Justice a retenu dans un arrêt du 19 décembre 2023 (ATA/1354/2023, consid. 5.2) qui concernait précisément une demande d'accès à un agenda d'un Procureur, considérant que les art. 3 al. 3 et 5 de la LIPAD ne sont pas pertinents en lien avec une telle demande.
49. Ainsi, la LIPAD est applicable à la demande d'accès litigieuse en rapport avec l'agenda de la Procureure A, la requête portant sur un document administratif (art. 2 et 3 al. 3 RADPJ).
50. Dans l'arrêt susmentionné (ATA/1354/2023), selon la Chambre administrative de la Cour de justice, 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, "*[l]orsqu'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".*

51. En l'espèce et à l'aune de la jurisprudence susmentionnée, la Préposée adjointe déplore que le Pouvoir judiciaire ne lui communique pas le document requis. Elle ne saurait donc rendre de recommandation à cet égard, faute d'avoir eu accès au document, mais attire l'attention sur une recommandation du 14 mars 2024 (<https://www.ge.ch/document/35796/telecharger>) ayant fait suite à l'arrêt susmentionné dans laquelle il avait été conclu ce qui suit: "*[I]es 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 pourraient avoir une telle incidence. Dans la mesure où elles n'apparaissent pas de nature à compromettre une enquête, l'accès devrait être octroyé*".
52. S'agissant de la demande d'accès portant sur **tout échange de courriels** entre Mme A et la BTPI, respectivement tout inspecteur de la BTPI de décembre 2016 à novembre 2017, la requérante n'a pas précisé s'il s'agissait des courriels la concernant ou de tous les courriels échangés, y compris ceux ne la concernant pas.
53. Quel que soit le champ de la demande, il sied de relever que ces échanges interviennent dans le cadre de procédures pénales. S'agissant des échanges concernant spécifiquement la requérante, la Préposée adjointe comprend qu'ils n'ont pas été versés au dossier judiciaire, mais qu'ils sont intervenus par définition dans le cadre de la procédure pénale et n'existent donc que du fait de l'existence de cette procédure.
54. Il sied de retenir qu'en soustrayant de l'application de la LIPAD le traitement de données personnelles par une juridiction ou une autorité judiciaire en application des lois de procédure aux fins de trancher les causes dont ils ont été saisis (art. 3 al. 3 litt. b LIPAD), le législateur voulait exclure "*[t]oute l'activité juridictionnelle du pouvoir judiciaire, seules les activités à caractère non juridictionnel permettant l'application de la loi*" (MGC 2005-2006 X A 8490). Dans le même esprit, dans les cas d'application de la LIPAD, il ne souhaitait pas que la transparence compromette des enquêtes prévues par la loi, ni rende inopérantes les restrictions aux droits d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives (art. 26 al. 2 litt. d et e LIPAD). Le législateur ne souhaitait pas non plus que l'accès à ses propres données personnelles rende inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives (art. 46 al. 1 litt. a LIPAD).
55. La jurisprudence a précisé les contours de ce lien entre transparence et procédures judiciaires. Le Tribunal fédéral a ainsi retenu que 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). De plus, les juges fédéraux ont estimé, - certes pas en application de la LIPAD, mais l'esprit de la loi est le même - 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 (1C\_367/2020, du 12 janvier 2021).
56. Il n'est pas contesté que les échanges de courriels entre la Procureure et la police dans le cas d'espèce sont intervenus dans le cadre d'une enquête pénale, à laquelle les règles de procédure pénale s'appliquent. Ces échanges font ainsi partie de l'acti-

tivité juridictionnelle du Pouvoir judiciaire au sens large. Par ailleurs, la police agit dans ce cas en tant qu'autorité de poursuite pénale au sens du code de procédure pénale (art. 12 et 15 al. 2 CPP).

57. Au vu de ce qui précède, il sied de qualifier les échanges de courriels sollicités de "documents judiciaires" au sens de l'art. 2 al. 1 RADPJ. Conformément à l'art. 3 al. 1 RADPJ, le droit de procédure est applicable quant à leur accès, ce qui apparaît conforme à la volonté du législateur.

### **RECOMMANDATION**

58. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au Pouvoir judiciaire d'appliquer le droit de procédure à la demande d'accès aux échanges électroniques entre la Procureur A et la BTPI.

59. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le Pouvoir judiciaire doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).

60. Le présent acte est notifié par pli recommandé à :

- a. Me X
- b. M. Olivier Jornot, 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.
--