# Demande de Me A., au nom de Me J., de consulter tous les arrêts relatifs à l'indemnisation de l'avocat d'office (art. 135 CPP)

# Recommandation du 15 août 2016

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

- Par lettre du 27 avril 2016, Me A., a fait parvenir au Préposé cantonal une lettre, qu'il lui avait adressée le 25 avril 2016 à une mauvaise adresse, dans laquelle il formule, au nom de son mandant Me J., une requête de médiation suite au refus du pouvoir judiciaire – plus particulièrement de la Chambre pénale d'appel et de révision (ciaprès CPAR) – de lui donner accès aux décisions rendues dans le domaine de l'indemnisation de l'avocat d'office (art. 135 CPP).
- 2. L'avocat précise que son mandant a fait cette demande d'accès dans le cadre de l'exercice de sa profession d'avocat et dans la perspective également de la rédaction d'une contribution scientifique. Il souligne que le refus du pouvoir judiciaire se fonde sur le travail disproportionné, au sens de l'art. 26 al. 5 LIPAD, qu'impliquerait la mise à disposition de toutes les décisions rendues.
- 3. Il rappelle également la teneur de l'art. 20 al. 4 LIPAD en vertu duquel "les arrêts et les décisions définitifs et exécutoires des juridictions de jugement, du Conseil supérieur de la magistrature et des autres autorités judiciaires doivent être accessibles au public auprès d'un service central dépendant du pouvoir judiciaire ou du greffe des institutions dont ils émanent dans une version ne permettant pas de connaître les données personnelles des parties et des tiers qui y sont mentionnés. Le caviardage de ces données n'est pas nécessaire s'il ne répond, dans l'immédiat ou à terme, à aucun intérêt digne de protection".
- 4. Me A. attire, en outre, l'attention sur le considérant 5 d'un arrêt du 10 juin 2008 du Tribunal administratif (ATA/307/2008) ci-après dont il considère que les principes qui y sont développés s'appliquent au cas présent :

"Selon les termes de l'article 24 LIPAD, toute personne a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la présente loi (al. 1). L'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents (al. 2). Le droit d'accès aux documents peut être exceptionnellement interdit lorsque qu'un intérêt public ou privé s'y oppose (art. 26 al. 2 LIPAD). L'alinéa 5 de cette disposition prévoit que l'institution peut refuser de donner suite à une demande d'accès à un document dont la satisfaction entraînerait un travail manifestement disproportionné, motif invoqué par la Cour pour refuser d'entrer en matière sur la requête du recourant. L'exception de l'article 26 alinéa 5 LIPAD est liée à l'intérêt public prépondérant au bon fonctionnement des institutions ainsi que, le cas échéant, à l'interdiction générale de l'abus de droit. Les institutions doivent avoir la possibilité de refuser l'accès à des documents dont la collecte ou la recherche entraînerait un travail manifestement disproportionné. L'invocation de ce motif de refus ne se conçoit que restrictivement au regard du principe de transparence instauré par la LIPAD. Elle suppose une mise en balance des intérêts en présence et peut dès lors, à titre exceptionnel, justifier que l'intérêt du requérant à obtenir le document considéré soit pris en compte et, en conséquence, que le requérant soit invité à en faire état et à en justifier, en dérogation au principe ancré à l'article 24, alinéa 1 LIPAD (MGC 2000/VII 7699). Le tribunal de céans a jugé qu'un travail de tri et de caviardage portant sur dix années de documents de l'autorité de surveillance des Offices de Poursuites et de faillites était un travail considérable (ATA/231/2006 du 2 mai 2006).

c. Pour fonder un refus sur la base de cet alinéa, il s'agit d'effectuer une pesée des intérêts en présence, ceux du recourant qui exerce la profession d'avocat et celui de la Cour à pouvoir continuer d'effectuer les tâches que lui assigne la loi. A cet égard le Tribunal administratif retiendra que la demande du recourant porte sur un nombre d'arrêts déterminés et pour une loi précise. Pour un avocat, la jurisprudence du canton où il exerce est indispensable à l'exercice de sa profession dans les règles de l'art. De plus, le Tribunal administratif constate que la Cour publie une dizaine d'arrêts par an dans la Semaine judiciaire. Elle en a diffusé un seul relatif à la LREC depuis l'entrée en vigueur de cette dernière. le 22 février 1989 (cf. SJ 2002 I 417). Ainsi, le seul moyen pour le recourant d'obtenir à bref délai la jurisprudence nécessaire à l'exercice de son métier est de la demander auprès de la Cour. L'argument avancé par cette dernière pour s'opposer à cette demande, soit le temps nécessaire à son exécution, doit être relativisé. En effet, la Cour est tenue de respecter les obligations posées par la LIPAD. En l'état, elle a décidé de publier sa jurisprudence d'une manière limitée, en application de l'article 20 LIPAD, et son offre n'a pas été élargie depuis l'entrée en vigueur de cette loi.

Cette réserve a pour corollaire qu'elle doit répondre favorablement aux demandes telles que celle du recourant, sauf si le travail à effectuer est réellement disproportionné. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce : le fonctionnement de la Cour ne saurait être sérieusement entravé par la satisfaction de la demande en question et le travail exigé par cette dernière, à supposer qu'il représente six heures, ne peut être qualifié de considérable et encore moins de disproportionné, car aucune autre solution n'est offerte au recourant. Cela est d'autant plus vrai que, selon la directive de la commission de gestion du Pouvoir judiciaire relative à la procédure de traitement des demandes d'accès aux documents, disponible sur l'adresse internet: http://www.ge.ch/tribunaux/POUVOIR-JUDICIAIRE/transparence\_administration.html (consultée le 5 juin 2008), l'exception de l'article 26 alinéa 5 LIPAD ne doit pas être admise trop facilement".

- 5. L'avocat relève encore que la pratique et la jurisprudence de la Chambre pénale d'appel ont évolué à plusieurs reprises dans ce domaine et ajoute que:
  - le requérant a un intérêt digne de protection évident
  - le caviardage ne répondrait à aucun intérêt digne de protection et ne serait pas nécessaire
  - dans la mesure où les avocats ont accès aux taxations de leurs confrères dans les procédures dans lesquelles ils interviennent, le fait que le requérant ait accès à ces données ne devrait pas être problématique
  - à titre subsidiaire, il pourrait signer un engagement de confidentialité.
- 6. En annexe à sa lettre, l'avocat joint la réponse négative du 12 avril 2016 de la Chambre pénale de recours de la Cour de justice à la demande d'accès formulée le 1<sup>er</sup> avril 2016, laquelle met en évidence à l'appui de son refus: "Depuis le mois de novembre 2014, depuis le prononcé des arrêts du Tribunal fédéral dans les causes BB.2014.26 et BB.2014.136-137, la CPAR taxe l'activité du défenseur d'office/conseil

juridique gratuit pour la procédure d'appel dans l'arrêt sur le fond", que ces décisions sont accessibles sur le site du pouvoir judiciaire, de même que les décisions de la CPAR sur appel contre la décision de taxation par le Tribunal pénal, qu'environ 600 arrêts ont été rendus par la CPAR depuis l'entrée en vigueur du CPP portant uniquement sur cette question et que, dès lors, la collecte et l'anonymisation de ces décisions entraînerait un travail manifestement disproportionné au sens de l'art. 29 al. 5 LIPAD. La possibilité de saisir le Préposé cantonal d'une demande de médiation dans les 10 jours y est rappelée.

- 7. La médiation du Préposé cantonal a eu lieu, le 7 juin 2016, en présence de Me A., Me J., M. Christian Coquoz, Président de la Chambre pénale de recours, Mme Julie Roy Méan, Greffière de juridiction adjointe ainsi que Mme Frédérique Glauser Fevre, Secrétaire juriste et responsable LIPAD du pouvoir judiciaire; elle n'a pas abouti.
- 8. Le même jour, Me J. a précisé par courriel au Préposé cantonal qu'il "ne sollicite en aucun cas l'accès aux décisions indépendantes se contentant de fixer l'indemnité due à l'avocat d'avocat d'office, sur le modèle type pratiqué en la matière". Il a fait également parvenir un document présentant le projet OpenJusticia mis en œuvre par le Tribunal fédéral qui facilite l'anonymisation des décisions judiciaires.
- 9. Le Préposé cantonal lui demanda alors de bien préciser une nouvelle fois les documents sollicités. Le 8 juin 2016, Me J. répondit qu'il sollicitait "la possibilité de consulter toutes les décisions (arrêts et cas échéant ordonnances motivées de procédure) rendues dans le domaine de l'indemnisation pénale par la Cour de justice depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Cela comprend plus précisément:
  - "Les arrêts de la Chambre pénale de recours statuant sur recours
  - Les arrêts et ordonnances de la Chambre pénale d'appel et de révision statuant sur appel".

Il évoque également l'art. 35 al. 1 du règlement de la Cour de justice (RCJ; RSGe E 2 05.47), du 20 juin 2014, selon lequel la Cour de justice porte sa jurisprudence à la connaissance du public notamment par la diffusion sur internet des ordonnances, décisions et arrêts des chambres et, par ailleurs, la mise à disposition du public des ordonnances, décisions et arrêts (let. b).

- 10. Le 23 juin 2016, la greffière de juridiction adjointe a adressé un courriel au Préposé cantonal dans lequel elle précise que la Cour pénale (CPJ) persiste dans sa décision de refus car :
  - la requête porte sur une centaine de décisions de la CPAR, d'une moyenne de 40 pages chacune, et 200 décisions de la CPR d'une dizaine de pages;
  - la jurisprudence topique et récente 60 arrêts de la CPAR et 20 de la CPR est accessible en ligne et cette pratique est conforme à l'art. 61 LOJ;
  - ce travail, soit le caviardage de 200 décisions (300 arrêts CPAR et CPR moins les 80 arrêts publiés) et le tri entre les décisions publiées et non publiées manifestement disproportionné constitue un motif d'exception prévu par la loi;
  - le requérant ne fait valoir aucun intérêt prépondérant à leur consultation;
  - le sujet de l'indemnisation de l'avocat sera traité lors de la Journée de droit pénal de l'Université début septembre<sup>1</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> La journée de formation organisée par l'UNIGE le 12 septembre 2016 prévoit au programme l'intervention de Mme Laura Jacquemoud-Rossari, juge au Tribunal fédéral : *"Frais de défense des parties* 

- 11. Me J. réaffirme son point de vue, dans un dernier courriel du 23 juin 2016 au Préposé cantonal, selon lequel le droit de pouvoir consulter a pour corollaire le devoir des juridictions de publier leur jurisprudence, que des outils informatiques facilitent la tâche d'anonymisation, que la Cour de droit publie toutes ses décisions depuis longtemps, le fait qu'une conférence soit organisée sur le sujet démontre son intérêt, que plus le temps s'écoulera, plus la tâche sera disproportionnée alors que les décisions de justice sont publiques et doivent au moins pouvoir être consultées.
- 12. Le lundi 11 juillet 2016, la Préposée adjointe s'est entretenue avec la greffière de juridiction adjointe et a retenu que:
  - L'indemnisation de l'avocat nommé d'office intervient notamment conformément au Règlement sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale (RAJ - E 2 05.04) du 28 juillet 2010, entré en vigueur le 1er janvier 2011.
  - Dans cette matière, un changement de pratique est intervenu à partir de novembre 2014, à la suite du prononcé d'un arrêt du Tribunal pénal fédéral, ayant jugé que dorénavant la CPAR taxerait l'activité du défenseur d'office dans l'arrêt sur le fond. Jusqu'alors, la question de l'indemnisation faisait l'objet d'un arrêt spécifique ne comportant aucun développement jurisprudentiel et appréciant dans sa globalité les décomptes fournis par l'avocat (cela représente approximativement 600 décisions rendues depuis 2011, de deux-trois pages chacune).
  - En matière de publication de sa jurisprudence, la Cour pénale s'en tient à ce que prévoit l'article 61 LOJ, soit une publication des décisions de principe ainsi que des arrêts jugés importants. L'appréciation quant à la publication est faite par les magistrats.
  - Me J. a précisé sa requête initiale en tant qu'elle ne vise pas les 600 arrêts susmentionnés, rendus par la CPAR, statuant uniquement sur la taxation de l'assistance juridique (arrêts indépendants), peu intéressants d'un point de vue jurisprudentiel.
  - La requête d'accès aux documents formulée par Me J. porte sur toutes les décisions traitant de l'indemnisation de l'avocat d'office rendues par la CPAR et la CPR depuis 2011, à l'exception des arrêts indépendants susmentionnés, soit en définitive sur un total d'environ 220 décisions non publiées (80 décisions ont fait l'objet de publication), en particulier :
    - celles émanant de la Chambre pénale d'appel et de recours (CPAR) : 200 décisions desquelles il convient de déduire celles qui ont été publiées (une soixante en juin 2016) ;
    - celles issues de la chambre pénale de recours (CPR) : 100 décisions moins celles qui ont été publiées (une vingtaine en juin 2016).
  - le travail consistant à procéder au caviardage de 220 décisions est extrêmement conséquent dans la mesure où celles émanant de la CPAR comportent en moyenne une quarantaine de pages (de 15 à 20 pages pour la CPR), qu'il faut compter une 1h au minimum pour effectuer cette tâche, qu'au préalable, il aura fallu rechercher l'ensemble des décisions pertinentes dans la base de données à l'aide de différents mots-clés tels que « assistance judiciaire », « défense d'office » ou « article 135 CPP » (la simple mention de l'article 135 CPP n'étant pas suffisante), faire ensuite le tri entre les décisions publiées et non publiées, puis ouvrir chaque décision, l'une après l'autre, pour procéder à son anonymisation.

et indemnisation de l'avocat d'office en procédure pénale – variations sur un thème à la lumière de la jurisprudence", http://www.unige.ch/droit/jdp/programme.html#sthash.nwi054R5.dpuf

- S'agissant de 220 arrêts à caviarder, l'on peut estimer donc à 200 heures le travail nécessaire, ce qui correspond à cinq semaines d'un équivalent temps plein.
- Les restrictions budgétaires font que la juridiction ne dispose actuellement pas des moyens en personnel pour assumer cette tâche et qu'elle doit concentrer ses forces sur ses missions prioritaires, à savoir rendre la justice.
- La juridiction reçoit fréquemment des requêtes LIPAD visant à l'obtention ou la consultation de décisions de la Cour pénale. Par exemple, il peut arriver qu'un avocat voie une référence à une décision dans un arrêt publié et qu'il demande à obtenir la décision en question. Alors, la juridiction fait en sorte que le document caviardé soit envoyé scanné par courriel au requérant dans de brefs délais. Les recherches académiques, universitaires ou scientifiques, font l'objet d'un traitement différencié, en fonction de l'intérêt général qu'elles présentent.
- En définitive, la jurisprudence pertinente est à disposition du public.
- 13. La Préposée adjointe a également eu un entretien téléphonique avec Me J., le 21 juillet 2016, duquel il est ressorti que :
  - La problématique en cause est intéressante dans la mesure où, depuis l'entrée en vigueur du code de procédure pénale et nonobstant l'unification de la procédure au niveau fédéral, les juridictions cantonales ont conservé une marge d'appréciation importante dans la mise en œuvre des dispositions relatives à l'indemnisation pénale de l'avocat nommé d'office
  - Certains aspects, tels que le temps d'attente pour l'indemnisation de l'avocat, le dédommagement des déplacements ou le tarif horaire fixé présentent un intérêt certain pour l'Ordre des avocats ; de même, la pratique en matière d'indemnisation pénale au sens de l'art. 429 CPP présente un intérêt pour les avocats.
  - Il convient de noter, en outre, que le Tribunal fédéral ne revoit les décisions cantonales qu'avec une certaine retenue, si bien que la jurisprudence cantonale conserve a fortiori une importance non négligeable dans la pratique;
  - Me J. a la conviction que la politique de publication des décisions judiciaires doit évoluer et que peu de choses ont changé depuis l'arrêt du Tribunal administratif en 2008;
  - A une question de la Préposée adjointe sur son intérêt à la publication d'un article sur le sujet (Mme Byrne-Sutton a en effet trouvé sur internet une présentation powerpoint d'une conférence faite au Jeune Barreau le 26 février 2014)
    Me J. a précisé qu'il avait l'intention de rédiger une contribution;
  - En tant qu'avocat, il a fréquemment eu l'occasion d'observer dans des écritures du Ministère public des références à des décisions non publiées, auxquelles ce dernier a, quant à lui, accès. Cet accès couvre toutes les décisions;
  - Cette situation lui paraît problématique sous l'angle notamment de l'égalité des armes, en tant que le justiciable et son avocat n'ont, eux, qu'accès à quelques décisions;
  - Il est convaincu que toute la jurisprudence topique n'est pas publiée et, pour cette raison aussi, il veut voir toutes les décisions;
  - Quant à l'outil « Open Justitia », Me J. a relevé que le Tribunal fédéral le met à disposition gratuitement des cantons et qu'il facilite grandement le travail d'anonymisation des décisions judiciaires – le pouvoir judiciaire devrait évaluer son intégration;

- En l'absence d'une telle anonymisation des décisions judiciaires en cause, il serait prêt, à titre subsidiaire, à signer un engagement de confidentialité au même titre qu'un doctorant ou un professeur doit le faire lorsqu'il s'agit de recherches scientifiques en vue de publication;
- Si l'accès aux noms des avocats nommés d'office figurant dans les décisions judiciaires concernées devait être jugé inapproprié, il a aussi proposé que seuls les noms de ces derniers soient caviardés, ce qui correspond à la pratique du Tribunal fédéral. En effet, le TF procède au caviardage du nom des avocats, en plus de ceux des parties, lorsque des questions notamment de rémunération de leur activité sont en jeu.
- 14. Le 4 août 2016, la responsable LIPAD du pouvoir judiciaire a fait parvenir à la Préposée adjointe un courriel de M. Daniel Brunner, secrétaire général suppléant du Tribunal fédéral, répondant à sa question relative au projet de logiciel Open Justitia (anonymisation) dans lequel il explique que:

"le Tribunal fédéral (TF) continue de développer son logiciel libre Open Justitia pour ses propres besoins, mais aussi afin de pouvoir le mettre à disposition des autorités judiciaires intéressées dès que le Parlement fédéral aura adopté les bases légales requises.

Il en résulte que pour le moment la communauté créée autour du logiciel libre Open Justitia a suspendu ses activités. La commission administrative du TF a récemment considéré qu'en l'état actuel de la législation, le logiciel ne pouvait malheureusement pas même être mis à disposition des tribunaux de 1re instance de la Confédération.

Le TF regrette cette situation et le service informatique du TF ne manquera pas de reprendre contact avec vous dès que la situation aura évolué et que la communauté Open Justitia pourra être réactivée".

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

- 15. La publicité de la justice est un principe fondamental garanti par l'art. 6 al. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101). Dans la règle, les audiences se tiennent en présence du public².
- 16. La Constitution fédérale contient un catalogue des droits fondamentaux garantis à chacun. S'agissant des garanties de procédure judiciaire, l'article 30 de la Constitution fédérale pose le principe de la publicité de la procédure judiciaire et le droit à des débats publics. A son alinéa 3, il est stipulé que : "L'audience et le prononcé du jugement sont publics. La loi peut prévoir des exceptions".
- 17. L'art. 118 de la Constitution de la République et canton de Genève (Cst-GE; RSGe A 2 00) pose aussi le principe selon lequel le prononcé des jugements est public : "La publicité des audiences et des jugements est garantie. La loi prévoit les exceptions".
- 18. La requête d'accès aux documents formulée par M. J., avocat, à la Cour pénale porte sur la jurisprudence genevoise concernant l'application de l'art. 135 du code de procédure pénale, du 5 octobre 2007 (CPP; RS 312.0) ci-après et s'inscrit dans la perspective de la rédaction d'une contribution scientifique.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Sur la publicité de la procédure judiciaire, voir par exemple: Cour européenne des droits de l'homme, 2013, Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, pp. 47 ss, www.echr.coe.int/Documents/Guide\_Art\_6\_FRA.pdf.

#### Art. 135 Indemnisation du défenseur d'office

- 1 Le défenseur d'office est indemnisé conformément au tarif des avocats de la Confédération ou du canton du for du procès.
- 2 Le ministère public ou le tribunal qui statue au fond fixent l'indemnité à la fin de la procédure.
- 3 Le défenseur d'office peut recourir:
  - a. devant l'autorité de recours, contre la décision du ministère public et du tribunal de première instance fixant l'indemnité;
  - b. devant le Tribunal pénal fédéral, contre la décision de l'autorité de recours ou de la juridiction d'appel du canton fixant l'indemnité.
- 4 Lorsque le prévenu est condamné à supporter les frais de procédure, il est tenu de rembourser dès que sa situation financière le permet:
  - a. à la Confédération ou au canton les frais d'honoraires;
  - b. au défenseur la différence entre son indemnité en tant que défenseur désigné et les honoraires qu'il aurait touchés comme défenseur privé.
- 5 La prétention de la Confédération ou du canton se prescrit par dix ans à compter du jour où la décision est entrée en force.
- 19. Selon cette disposition, le défenseur d'office est indemnisé conformément au tarif des avocats de la Confédération ou du canton du for du procès, lequel est, à Genève, fixé par l'art. 16 du Règlement sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale (RAJ; E 2 05.04). L'art. 16 al. 1 RAJ fixe les taux horaires applicables aux défenseurs d'office en fonction de la position qu'ils occupent dans leur étude. Un chef d'étude est rémunéré au tarif de CHF 200.-/heure et un avocat stagiaire CHF 65.-/heure, débours de l'étude inclus. Selon l'art. 16 al. 2 RAJ, les heures de travail nécessaires sont retenues.
- 20. Dans la fixation de l'indemnité, l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la décision attaquée qu'en cas d'arbitraire, soit lorsque celle-ci a fait l'objet d'une appréciation insoutenable des circonstances, incompatibles avec les règles de droit et d'équité. Selon la jurisprudence, l'autorité doit tenir compte de la nature et de l'importance de la cause, des difficultés particulières en fait et en droit, du temps que l'avocat a consacré ainsi que de la qualité du travail fourni, du nombre de conférences, audiences et instances auxquelles il a pris part, du résultat obtenu ainsi que de la responsabilité qu'il a assumé (décision du 16 septembre 2015 de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, n° de dossier BB.2014.166, consid. 1.2; arrêt de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral 6B\_856/2014 du 10 juillet 2015, consid. 2.3 et les références citées).
- 21. Par ailleurs, l'avocat d'office accomplit une tâche étatique soumise au droit public cantonal, qui lui confère une prétention de droit public à être rémunéré selon les normes cantonales applicables. Il n'exerce pas un mandat privé (arrêt de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral 6B\_856/2014 du 10 juillet 2015, consid. 2.4; arrêt 6B 730/2014 du 2 mars 2015 consid. 3.1; ATF 139 IV 261 consid. 2.2.1 p. 263).
- 22. La Cour pénale relève du pouvoir judiciaire. Selon l'art. 3 al. 1 lettre a LIPAD, la loi étend son champ d'application au pouvoir judiciaire.
- 23. La LIPAD régit l'information du public en posant le principe de la transparence des institutions publiques; la transparence a pour but de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 1 al. 1 et 2 lettre a LIPAD).
- 24. L'adoption de la LIPAD, a renversé le principe du secret de l'administration pour faire primer celui de la publicité. L'administré n'a depuis lors plus besoin de justifier d'un

intérêt particulier pour consulter des documents et son droit d'accès est plus étendu que celui découlant du droit d'être entendu.

- 25. Le principe de transparence est inscrit à l'article 18 LIPAD dont le contenu est le suivant :
  - "1 Les institutions communiquent spontanément au public les informations qui sont de nature à l'intéresser, à moins qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose.
  - 2 L'information doit être donnée de manière exacte, complète, claire et rapide.
  - 3 Les institutions informent par des moyens appropriés à leurs ressources et à l'importance des informations à diffuser. Dans toute la mesure du possible, elles utilisent les technologies modernes de diffusion de l'information."
- 26. L'article 24 LIPAD donne un droit d'accès aux documents en possession des institutions à toute personne, sauf exception prévue ou réservée par la loi (al. 1). L'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents (al. 2).
- 27. En ce qui concerne plus particulièrement le pouvoir judiciaire, la LIPAD ajoute à son art. 20 al. 4 LIPAD: "les arrêts et décisions définitifs et exécutoires des juridictions de jugement, du conseil supérieur de la magistrature et des autres autorités judiciaires doivent être accessibles au public auprès d'un service central dépendant du pouvoir judiciaire ou du greffe des institutions dont ils émanent, dans une version ne permettant pas de connaître les données personnelles des parties et des tiers qui y sont mentionnés. Le caviardage de ces données n'est pas nécessaire s'il ne répond, dans l'immédiat ou à terme, à aucun intérêt digne de protection".
- 28. L'art. 20 al. 5 stipule par ailleurs : "Les arrêts et décisions des juridictions de jugement, du conseil supérieur de la magistrature et des autres autorités judiciaires sont publiés sous une forme appropriée respectueuse des intérêts légitimes des parties, si et dans la mesure où la discussion et le développement de la jurisprudence le requièrent".
- 29. Comme le soulignent les travaux du Grand Conseil relatif à l'examen du projet de loi sur l'information du public et l'accès aux documents, les deux alinéas ci-dessus ont chacun leur rôle respectif:
  - L'alinéa 4 concerne l'accessibilité généralisée à toute décision et arrêt définitif et exécutoire émanant du pouvoir judiciaire dans une perspective de transparence et vise l'information du public en général. Cette accessibilité à la jurisprudence ne peut être limitée que pour des motifs d'intérêt public ou privé prépondérants, pour autant que ces derniers ne puissent pas être protégés par un caviardage masquant les éléments nécessitant cette protection<sup>3</sup>.
  - L'alinéa 5 concerne la publication de la jurisprudence à des fins scientifiques.
    Elle doit intervenir dans la mesure de l'utile, davantage que jusqu'à présent<sup>4</sup>.
    Celle-ci vise le public plus ciblé des professions juridiques, mais elle n'est pas destinée exclusivement à ces derniers. Le travail de sélection de cette jurisprudence est du seul ressort de l'institution concernée<sup>5</sup>.
- 30. La loi sur l'organisation judiciaire (LOJ; RSGe E 2 05) du 26 septembre 2010 stipule également à son article 61:

Art. 61 Publication de la jurisprudence

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> MCG 2000/X 7688 ; 2001/VII 9693-9694.

MCG 2000/X 7688.
 MCG 2001/VII 9693.

- <sup>1</sup> Les juridictions publient leurs décisions de principe et les désignent comme telles.
- <sup>2</sup> Elles ont la faculté de publier d'autres décisions.
- <sup>3</sup> La publication se fait notamment sous forme électronique. Elle doit toujours respecter les intérêts légitimes des parties.

## 31. L'art. 35 RCJ précise encore:

Art. 35 Publication de la jurisprudence et information (art. 61 LOJ) <sup>1</sup> La Cour de justice porte sa jurisprudence à la connaissance du public par lesmoyens suivants :

- a) diffusion sur Internet des ordonnances, décisions et arrêts des chambres;
- b) mise à disposition du public des ordonnances, décisions et arrêts;
- c) communications aux médias.

<sup>2</sup> Elle informe si nécessaire les médias sur les affaires en cours et sur les événements spéciaux.

<sup>3</sup> Les vice-présidents en charge des cours prennent les mesures appropriées pour la protection de la personnalité des parties.

<sup>4</sup> L'accréditation des chroniqueurs judiciaires est fixée par la commission de gestion du pouvoir judiciaire.

## 32. Sur son site internet, le pouvoir judiciaire relève :

"Dans ce qui suit, le terme de jurisprudence genevoise désigne l'ensemble des décisions rendues par les autorités judiciaires genevoises de dernière instance.

La jurisprudence publiée comprend toutes les décisions qui ont fait l'objet d'une démarche explicite de mise à disposition du public, sur l'initiative du pouvoir judiciaire (PJ). La publication peut passer par plusieurs canaux (revues juridiques, site Internet, etc.). Le contenu de la publication n'est pas nécessairement identique au texte de la décision originale : ce texte peut être caviardé (suppression des informations permettant d'identifier les parties, en vue de protéger la sphère privée) ; il peut être résumé (publication de "fiches de jurisprudence") ; il peut également être enrichi (ajout de commentaires, mots-clés, résumés, etc.).

A contrario, la jurisprudence non publiée comprend toutes les décisions qui n'ont pas été mises explicitement à disposition du public ; celles-ci sont néanmoins accessibles auprès des juridictions concernées, à la demande, selon les dispositions de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (A 2 08 ; LIPAD)".

- 33. Deux formulaires de demande d'accès sont mis à la disposition du public en vue de faciliter les requêtes:
  - Demande individuelle d'accès aux décisions judiciaires (arrêts, jugements ou ordonnances)<sup>6</sup>
  - Demande de consultation de documents du pouvoir judiciaire dans le cadre d'une recherche scientifique<sup>7</sup>. Selon ce formulaire, qui prévoit l'identification du demandeur, la nature de la recherche, sa justification ("SUJET (intitulé précis, thème, limites géographiques et chronologiques)", le type de documents et l'instance émettrice ("Jugements/arrêts; procédures; documents administratifs; dates couvertes; juridiction ou instance émettrice").

Le formulaire indique notamment : "Selon la décision de la juridiction concernée, cette dernière procède elle-même aux recherches ou autorise la consultation de ses jugements/arrêts/décisions dans ses locaux".

7 http://qe.ch/justice/sites/default/files/justice/common/formulaires\_officiels/PJ\_formulaire\_consultation\_scientifique\_documents\_pouvoir\_judiciaire.pdf

<sup>6</sup> http://ge.ch/justice/sites/default/files/justice/common/formulaires\_officiels/Formulaire\_LIPAD\_acces\_doc\_judiciaire.pdf

En remplissant le formulaire, le demandeur signe un engagement de confidentialité rédigé comme suit: "Je soussigné(e): m'engage formellement à ne publier et à ne communiquer aucune information recueillie dans les documents mis à ma disposition dans le cadre de l'étude mentionnée ci-dessus qui puisse être susceptible de porter atteinte à la sécurité de l'État, à la sécurité publique, à la vie privée ou aux intérêts patrimoniaux de personnes physiques ou morales. Je m'engage à garder le secret le plus absolu sur la documentation consultée, à n'utiliser les données collectées qu'à des fins scientifiques et à ne mentionner aucune information qui puisse permettre d'identifier les personnes physiques ou morales.

Je prends note que toute violation du présent engagement m'expose à des poursuites judiciaires, civiles et pénales".

- 34. Conformément aux dispositions transitoires, les institutions publiques ont disposé d'un délai de deux ans, dès l'entrée en vigueur de la présente loi, soit jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 2004, pour adopter et mettre en œuvre des systèmes de classement de l'information et des documents soient adaptés à ses nouvelles exigences en matière d'accès aux documents (art. 68 al. 1 LIPAD).
- 35. Le législateur a adopté une disposition spécifique pour le pouvoir judiciaire rappelant ce même délai transitoire de deux ans pour mettre en œuvre les mesures prévues par l'art. 20 al. 4 et 5 (art. 68, al. 4 LIPAD).
- 36. L'institution peut refuser de donner suite à une demande d'accès à un document dont la satisfaction entraînerait un travail manifestement disproportionné (art. 24 al. 5 LIPAD).
- 37. Pour qu'un refus lié à la disproportion du travail à effectuer soit fondé, il convient d'effectuer une pesée des intérêts en présence, ceux du recourant et ceux de la juridiction concernée à pouvoir mener à bien ses différentes tâches. Quant à la question de savoir si le caractère disproportionné d'une tâche (liée à la nécessité d'occulter des données personnelles) peut être admis, la Chambre administrative s'est penché sur cette question à plusieurs reprises.
- 38. Dans l'ATA/560/2015 du 2 juin 2015, la Cour a précisé que les restrictions à la communication de documents détenus par un établissement public soumis à la LIPAD, fondées sur la protection des données personnelles de tiers, doivent être appliquées restrictivement. Les documents détenus par l'administration contenant presque toujours des informations sur des tiers (noms, rapports de travail, etc.), une application large de cette exception rendrait la LIPAD inopérante. L'existence d'un risque concret que des concurrents tirent un avantage indu des informations détenues par une entreprise publique dont l'activité est concurrentielle justifie le refus de communiquer les documents concernés tant que ce risque existe).
- 39. Dans l'ATA/919/2014 du 25.11.2014 relatif à une requête portant sur l'accès à la liste des titulaires des autorisations d'exploiter un taxi de service privé contenant leurs noms et prénoms, adresse professionnelle, numéro de téléphone professionnel et numéro de plaques, à l'exclusion de leur adresse privée, de la date d'octroi desdites autorisations et de leur numéro de téléphone privé, la Cour a souligné que l'exception concernant le travail disproportionné ne devait pas être admise à la légère : "Une telle contribution du Scom à son devoir d'assurer la transparence de l'exécution de ses tâches publiques n'est pas susceptible d'entraver le fonctionnement de son service, ce d'autant moins qu'il se prévaut, pour refuser l'accès au document, de la vétusté de son outil informatique, plus de cinq ans après l'échéance du délai fixé par la LIPAD pour adapter les systèmes de classement aux exigences de cette loi. La confection

de ladite liste ne peut ainsi être considérée manifestement disproportionnée au sens de l'exception prévue à l'art. 26 al. 5 LIPAD. De plus, admettre, dans ces circonstances, une telle exception reviendrait à permettre au Scom de se prévaloir de son non-respect de l'obligation prévue à l'art. 68 al. 1 LIPAD pour refuser l'accès à un document soumis à la LIPAD et de retarder ainsi l'application de cette loi. Par conséquent, faute de travail manifestement disproportionné à la charge du Scom, celui-ci ne peut pas s'opposer à la transmission de la liste des détenteurs de taxis de service privé sur la base de l'exception prévue à l'art. 26 al. 5 LIPAD".

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

- 40. Dans le cadre de l'atteinte de l'objectif général posé par la LIPAD de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique, la loi pose deux principes: celui de la communication dite active, d'une part, en application duquel les institutions publiques déterminent les informations à communiquer spontanément au public, et celui de la communication passive, d'autre part, qui donne un droit d'accès spécifique à toute personne à un ou des documents, en mains des institutions, qui n'auraient pas été communiquées spontanément, sans qu'il soit nécessaire de justifier la demande.
- 41. Ces deux principes se retrouvent bien explicités dans le même sens pour ce qui concerne plus particulièrement le pouvoir judiciaire à l'art. 20 LIPAD : la communication active à l'alinéa 5, un principe que l'on retrouve d'ailleurs également à l'art. 61 LOJ, d'une part, et la communication passive ou sur demande à l'alinéa 4, d'autre part.
- 42. Actuellement, la Cour pénale sélectionne les décisions importantes, soit celles dont elle considère qu'elles doivent être publiées sur la base de critères retenus par les magistrats tels que la pertinence, l'intérêt du sujet ou le contexte, le raisonnement juridique, etc.
- 43. Ce mode de faire est traditionnel. Il est parfaitement conforme à la loi (art. 20, al. 5 LIPAD et 61 LOJ). Par le passé, la jurisprudence n'était accessible que grâce aux publications des tribunaux ou dans des articles rédigés par des spécialistes ayant eu accès à un éventail plus large de décisions du fait de leur qualité de professeurs. Dans ces deux cas, les praticiens intéressés ne disposaient finalement que d'un accès partiel à la jurisprudence, en raison de la sélection subjective qui en avait été faite par les magistrats ou de la synthèse personnelle du chercheur/professeur qui avait eu accès à tous les arrêts.
- 44. L'avènement du numérique a révolutionné la matière. L'accès à la jurisprudence des tribunaux par voie électronique permet aujourd'hui de faire des recherches en ligne en ayant souvent à disposition l'ensemble des décisions judiciaires pertinentes. C'est le cas pour les arrêts de la Chambre administrative de la Cour de justice qui publie toutes ses décisions. C'est le choix qui a également été fait par le Tribunal fédéral qui publie tous ces arrêts finaux depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007.
- 45. Le fait de tout publier au fur et à mesure cède alors la place à la tâche de sélection préalable par la juridiction; elle oblige les praticiens intéressés à prendre connaissance d'un plus grand nombre d'arrêts. Cette façon de procéder permet en tous les cas de garantir la plus grande objectivité et la plus grande transparence. La loi n'exige cependant pas une telle communication exhaustive.
- 46. En revanche, en application de la LIPAD, toute personne a accès aux documents en possession des institutions publiques sans devoir justifier sa requête ou la limiter à

- quelques documents seulement. L'institution publique requise ne peut refuser d'emblée toutes les demandes générales. La loi l'autorise cependant à justifier un refus si la requête implique un travail disproportionné.
- 47. Le travail de caviardage a posteriori d'un si grand nombre d'arrêts représente un travail extrêmement conséquent qui a été évalué à cinq semaines d'une personne active à temps complet. L'on peut comprendre qu'il soit qualifié de disproportionné par la juridiction concernée.
- 48. L'écoulement du temps ne fera d'ailleurs qu'augmenter le nombre d'heures de travail nécessaire à l'anonymisation des décisions en cause. De fait, si l'on admet le caractère disproportionné de la requête pour justifier un refus, l'on avalise en quelque sorte une pratique qui rend impossible de répondre favorablement à de telles requêtes générales d'accès aux documents. Or, cela paraît difficilement concevable au vu du délai fixé par la LIPAD pour mettre en place les mesures organisationnelles nécessaires afin de répondre aux demandes fondées sur la loi (art. 68, al. 4 LIPAD), qui est échu depuis des années (mars 2004).
- 49. Des adaptations techniques de la base de données devraient être effectuées pour, à tout le moins, distinguer de façon automatisée les décisions publiées de celles qui ne le sont pas, voire à terme, pour créer au fur et à mesure une version anonymisée de chaque arrêt. Quand bien même le logiciel Open Justitia n'est pas encore disponible, l'expérience acquise par la Chambre administrative de la Cour de justice en ce domaine pourrait être d'une utilité certaine dans l'éventualité d'un changement de pratique au sein de la juridiction.
- 50. Cela dit, la question de l'anonymisation des décisions peut rester ouverte car la Préposée adjointe est d'avis que la requête devrait être analysée sous un angle différent.
- 51. Premièrement, il faut se souvenir que la publicité des audiences et des jugements, même si elle n'est pas absolue, est un principe fondamental de notre Etat de droit qui permet non seulement aux parties, mais également à toute personne de voir comment les décisions de justice sont rendues. La transparence, que le principe de publicité garantit, est essentielle à la confiance des citoyennes et des citoyens dans le système judiciaire.
- 52. Deuxièmement, ainsi que le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le rappeler, l'avocat nommé d'office n'exerce pas un mandat privé; l'indemnisation pour le travail qu'il fournit est fixée selon des normes de droit public et sa rémunération est payée par l'Etat. En application des règles relatives à la transparence fixée par la LIPAD, un avocat nommé d'office peut, dès lors, s'attendre à ce que l'indemnisation perçue pour l'activité qu'il a déployée puisse être communiquée à l'occasion d'une demande d'accès, au même titre qu'un avocat mandaté par une institution publique doit s'attendre à ce que le montant de ses honoraires puisse aussi être communiqué. C'était précisément l'un des exemples mis en avant dans l'exposé des motifs à l'appui du projet de LIPAD déposé en 2000<sup>8</sup>.
- 53. Troisièmement, plus le domaine juridique concerné laisse une marge d'appréciation importante à l'autorité, plus la transparence concernant les décisions qui en décou-

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> « (...) 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 », Projet de loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 9 octobre 2000, p. 67, http://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL08356.pdf

- lent se justifie, car elle permet de pouvoir vérifier l'application par le juge du principe d'égalité dans l'évaluation des circonstances.
- 54. Enfin, la Préposé adjointe est d'avis que la requête de Me J. devrait être appréciée au même titre que toutes les demandes générales d'accès aux décisions judiciaires formulées par des chercheurs ou des professeurs, qui invoquent leur intérêt à rédiger un article de fond sur la question, et doivent, pour ce faire, signer préalablement un engagement de confidentialité par lequel ils s'engagent à ne donner aucune information permettant d'identifier les personnes physiques ou morales concernées.
- 55. Le sujet de l'indemnisation pénale de l'avocat nommé d'office intéresse cet avocat. Preuve en est l'intervention qu'il a faite sur ce sujet, le 25 janvier 2015, à la Conférence du Jeune barreau "Questions choisies en matière d'indemnisation pénale". C'est en outre un sujet d'actualité, qui fait l'objet d'une jurisprudence importante de notre Haute Cour, laquelle sera d'ailleurs commentée prochainement par une juge au Tribunal fédéral sous le titre "Frais de défense des parties et indemnisation de l'avocat d'office en procédure pénale variations sur un thème à la lumière de la jurisprudence".
- 56. Me J. est aussi l'auteur de différents articles de fond et commentaires de jurisprudence, publiés ces dernières années en lien avec la profession d'avocat, ainsi qu'en témoignent les publications indiquées sur le site internet de l'étude d'avocats à laquelle il appartient<sup>10</sup>.
- 57. En tant qu'avocat et juge suppléant à la Cour, il fait valoir un intérêt évident à prendre connaissance de tous les arrêts cantonaux (alors même qu'en matière de demande d'accès aux documents fondée sur la transparence, il n'a pas à justifier sa demande) puisqu'il entend rédiger une contribution sur ce sujet.
- 58. Le propre d'une étude scientifique, entre autres, est de s'assurer que l'on ait pu avoir accès à l'ensemble des éléments utiles à la rédaction d'un document de synthèse afin d'en tirer les caractéristiques essentielles, sans se limiter à reprendre une sélection d'ores et déjà opérée par d'autres.
- 59. La demande d'accès devrait en conséquence être accueillie favorablement et, sous réserve d'un engagement préalable à la confidentialité des données personnelles, il conviendrait de permettre à cet avocat de venir prendre connaissance des décisions en cause dans les locaux de la juridiction.

#### RECOMMANDATION

- 60. Se fondant sur les considérations qui précèdent, la Préposée adjointe recommande à la Cour pénale de la Cour de justice, Chambre pénale d'appel et de révision et Chambre pénale de recours, d'autoriser la consultation, dans ses locaux, de toutes les décisions relatives à l'indemnisation pénale de l'avocat d'office, sans anonymisation, après signature d'un engagement de confidentialité.
- 61. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le pouvoir judiciaire doit rendre une décision sur la prétention du requérant.
- 62. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à :

10 http://www.merkt.ch/actualites.html?tab=publications-tab

<sup>9</sup> http://merkt.ch/pdf/pdf conferences/conference 26-01-2015.pdf

- a. Cour pénale de la Cour de justice, place du Bourg-de-Four 1, case postale 3108, 1211 Genève 3
- b. Me A. (demandeur),

Pascale Byrne-Sutton 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.