



Ming Halpérin Burger Inaudi

Avocats au Barreau de Genève

Les rendez-vous de la protection des données et de la transparence / PPDT Genève

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

7 novembre 2023

Julien Marquis

Avocat, docteur en droit



5, av. Léon-Gaud
1206 Genève
Tél. 022 839 70 00
jmarquis@avocats.ch
www.avocats.ch

Introduction: l'affaire Barschel



Source: rts.ch, Zone d'ombre, 13.05.2011



La transparence

Les traités

- **L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme:**
«Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et **la liberté de recevoir** ou de communiquer **des informations** ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. [...] »
 - Interdit à une autorité d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir
 - Ne saurait se comprendre comme imposant à un Etat des obligations positives de collecte et de diffusion des informations
 - N'accorde donc pas à l'individu un droit d'accès aux informations détenues par une autorité publique, ni n'oblige l'Etat à les lui communiquer
 - **En dépit de ces principes toujours actuels, la jurisprudence se veut « évolutive »**
- **La Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics**
 - Adoptée le 18 juin 2009 à Tromsø, en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2020
 - Consacre un droit d'accès inconditionnel, sauf exceptions mais sous réserve d'un intérêt public prépondérant à la divulgation (art. 2 et 3)
 - La Suisse ne l'a pas (encore) signée (ni donc ratifiée), pour ne pas forcer la main des cantons qui n'ont pas encore édicté de législation complète en matière de transparence (cf. diapo 5)



La transparence

La jurisprudence

- **L'arrêt de principe *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* [GC] du 8 novembre 2016 (n° 18030/11)**
 - La Cour confirme les principes susmentionnés (cf. diapo 3) ...
 - ... mais reconnaît pour la première fois un droit d'accès conditionnel aux documents publics
 - Un tel droit « peut naître » lorsque l'accès à l'information est déterminant pour l'exercice par l'individu de son droit à la liberté d'expression et que refuser cet accès constitue une **ingérence** dans l'exercice de ce droit (§ 156)
 - Déterminer dans quelle mesure un refus s'analyse en une telle ingérence s'apprécie au cas par cas à l'aune de quatre critères:
 1. Le but de la demande d'information (contribue au débat public ou reflète une simple curiosité?)
 2. La nature des informations recherchées (revêtent un intérêt public?)
 3. Le rôle du demandeur (journaliste? ONG? ou simple citoyen?)
 4. La disponibilité des informations (quel travail pour l'autorité?)
 - Critères a priori cumulatifs mais jurisprudence encore fluctuante...
 - En cas d'ingérence: **test de proportionnalité dans tous les cas**
 - Mise en balance par exemple avec le droit au respect de la sphère privée d'un tiers (art. 8 CEDH), avec les impératifs de protection de la sécurité nationale ou les intérêts de l'autorité dans le cadre de pourparlers confidentiels ou d'une procédure judiciaire pendante ou à venir, etc.



La transparence

La jurisprudence

- **Que retenir de l'arrêt *Magyar*, en particulier pour la Suisse et pour Genève?**
 - Consécration d'un droit d'accès certes conditionnel mais de même rang que les autres droits et libertés (rang constitutionnel/conventionnel)
 - La Cour va « moins loin » que le droit fédéral (LTrans) et genevois (Cst./LIPAD)
 - A Genève, tout curieux peut formuler une demande sans justifier d'un quelconque intérêt (critères 1 et 3), le degré d'intérêt public de l'information est sans pertinence (critère 2) et l'information doit pouvoir être mise à disposition sans que cela n'entraîne un travail disproportionné (critère 4)
 - Directement utile s'agissant d'autorités qui ne seraient pas assujetties en droit interne: pas de limite au cercle des « autorités publiques »! (p. ex.: FINMA, art. 2 al. 2 LTrans; CdC, ATA/831/2020 du 01.09.2020 + art. 3 al. 1 let. c PL 13347)
 - Directement utile concernant les derniers cantons sans droit d'accès (Nidwald et Lucerne), avec un droit d'accès limité (AR: « intérêt légitime »; TG: depuis « le 20 mai 2019 ») et surtout les communes auxquelles la transparence ne serait pas pleinement applicable en vertu du droit cantonal et qui auraient une conception bien à elles de celle-ci...
- Pesée des intérêts nécessaire dans tous les cas ou presque (cf. aussi Convention de Tromsø, art. 3 al. 2); formulation de la LIPAD adéquate
- Très grande imprévisibilité, donc édicter néanmoins des exceptions ciblées



La transparence

La jurisprudence

- **La jurisprudence récente, postérieure à l'arrêt *Magyar***
 - *Saure c. Allemagne (n° 2)*, 23 mars 2023 (n° 6091/16)
 - Refus injustifié de procéder à une pesée des intérêts et de vérifier si le caviardage des données personnelles était possible dans le cadre d'une demande d'information portant sur des faits incriminants des juges et des procureurs
 - *Saure c. Allemagne*, 8 novembre 2022 (n° 8819/16) – **affaire Barschel**
 - Refus justifié de permettre l'accès par un journaliste à des documents des services secrets, car remise d'un résumé et demande insuffisamment étayée – arrêt très critiqué rendu par 4 voix contre 3...
 - *Šeks c. Croatie*, 3 février 2022 (n° 39325/20)
 - Refus justifié de permettre l'accès par un écrivain et ancien politicien à certains documents secrets sur l'histoire récente du pays, car marge d'appréciation étendue en matière de sécurité nationale, examen minutieux de la demande par les autorités nationales et remise de l'essentiel des documents demandés
 - *Centre for Democracy and the Rule of Law c. Ukraine*, 26 mars 2020 (n° 10090/16)
 - Refus injustifié de permettre l'accès par une ONG aux CV (carrière et formation) remis à la commission électorale par les candidats aux élections parlementaires nationales, car absence totale de pesée des intérêts et de motifs à l'appui du refus



La transparence

La jurisprudence

- **La jurisprudence récente, postérieure à l'arrêt *Magyar***
 - *Studio Monitori et autres c. Géorgie*, 30 janvier 2020 (n° 44920/10)
 - Refus justifié de permettre à l'accès à des dossiers pénaux, car demandes non motivées (pas de but idéal des demandeurs)
 - *Cangi c. Turquie*, 21 janvier 2019 (n° 2493/15)
 - Refus injustifié de permettre l'accès par un avocat à un procès-verbal d'une réunion dans le contexte d'une procédure administrative en lien avec la destruction d'un site antique au profit de la construction d'un barrage, car interprétation arbitraire par les autorités nationales de la législation consacrant un droit d'accès, faisant de l'exception la règle
- **Pas d'affaires concernant la Suisse... à ce jour!**
 - Législations et pratiques plus libérales que dans beaucoup d'Etats membres du Conseil de l'Europe donc droit d'accès aux documents publics généralement mieux protégé, épuisement des voies de recours internes obligatoire et souvent efficace, durée et coût des procédures, etc.



La protection des données

«CEDH et protection des données personnelles»



PPDT, août 2015, document élaboré à la suite de la conférence de Monsieur Girogio Malinverni, professeur honoraire et ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme élu au titre de la Suisse



La protection des données

La jurisprudence

- ***L.B. c. Hongrie* [GC], 9 mars 2023 (n° 36345/16)**
 - La publication systématique sur Internet de données personnelles des débiteurs de l'administration fiscale, dont l'adresse de leur domicile, est contraire au droit au respect de la vie privée et familiale
- ***Gaughran c. Royaume-Uni*, 13 février 2020 (n° 45245/15)**
 - La conservation pour une durée indéterminée de profils ADN, d'empreintes digitales et de photographies, en dépit du peu de gravité de l'infraction commise (légère ébriété au volant) et dans le seul but d'accumuler un maximum de données, le requérant n'ayant de surcroît pas la possibilité de faire contrôler la légalité de leur conservation, est contraire au droit au respect de la vie privée
 - Voir *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, n° 30562/04
- ***López Ribalda et autres c. Espagne* [GC], 17 octobre 2019 (n° 1874/13)**
 - Sur le lieu de travail par exemple, la vidéosurveillance des employés suppose en principe leur information préalable quant à l'existence d'un système de surveillance mais ne constitue pas une condition *sine qua non*, notamment en cas de suspicion de vols



La protection des données

La jurisprudence

- *M.L. et W.W. c. Allemagne*, 28 juin 2018 (n° 60798/10)
 - Le refus d'obliger des médias à anonymiser d'anciens documents librement accessibles sur Internet concernant les auteurs d'un assassinat peu avant leur sortie de prison ne viole pas le droit au respect de la vie privée, soit à la protection des données, des intéressés
 - Le « droit à l'oubli » doit être mis en balance avec la liberté d'expression
- *Vukota-Bojić c. Suisse*, 18 octobre 2016 (n° 61838/10)
 - La surveillance d'une personne assurée soupçonnée d'abus par une assurance, notamment par le recours à un détective privé réalisant observations et enregistrements vidéo et audio, constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée devant reposer sur une base légale claire, précise et présentant des garanties suffisantes relatives au traitement des données recueillies
 - Voir les nouveaux art. 43a et 43b LPGA, adoptés en votation populaire le 25 novembre 2018
- *Roman Zakharov c. Russie* [GC], 4 décembre 2015 (n° 47143/06)
 - Un système de surveillance dite «de masse» doit présenter diverses garanties ayant trait à la procédure (indépendante sinon judiciaire) d'autorisation (contrôle a priori), aux modalités de la mise en œuvre (contrôle concomitant) ainsi qu'à la procédure de notification des mesures et aux voies de droit permettant leur contrôle a posteriori, ces deux dernières questions étant indissociablement liées
 - Voir *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni* [GC], 25 mai 2021 (n° 58170/13)
 - Voir en Suisse l'« exploration du réseau câblé » permise par la LRens adoptée en votation populaire le 25 septembre 2016





Ming Halpérin Burger Inaudi

Avocats au Barreau de Genève

Merci de votre attention !

N'hésitez pas à me contacter pour toute question !

Julien Marquis
Avocat, docteur en droit
jmarquis@avocats.ch
www.avocats.ch



5, av. Léon-Gaud
1206 Genève
Tél. 022 839 70 00
jmarquis@avocats.ch
www.avocats.ch