



Demande d'accès à l'agenda d'un inspecteur, ainsi qu'à des échanges électroniques concernant des parties à une procédure pénale

Recommandation du 10 juin 2024

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

1. Le 8 janvier 2024, Me X, avocat, représentant les intérêts de Mme Y, a demandé l'accès auprès du Département des institutions et du numérique (DIN), plus spécifiquement de la Police, à divers documents, à savoir:
 - l'agenda de l'inspecteur (et chef de l'enquête) A, de décembre 2016 à novembre 2017, les informations sans lien avec la mandante de Me X ne concernant pas des rendez-vous avec la procureure B ou avec les parties à la procédure pouvant être caviardées;
 - tout échange de courriels entre la Brigade de lutte contre la traite d'êtres humains et la prostitution illicite de la police judiciaire (BTPI), respectivement tout inspecteur de la BTPI, et B, procureure, de décembre 2016 à novembre 2017, étant précisé que les échanges qui ne concernent pas les parties plaignantes à la procédure peuvent être caviardés;
 - tout échange électronique, en particulier le contenu de tout groupe de communication (type groupe WHATSAPP), entre les policiers en charge de la procédure dirigée contre la mandante de Me X.
2. Par courrier du 5 mars 2024, la Commandante de la Police a donné une suite négative à la demande, relevant ce qui suit:
 - La demande fondée sur les art. 24 et suivants LIPAD ne vise pas un but de transparence au sens de l'art. 1 LIPAD, mais tend à l'obtention d'informations en lien avec une enquête pénale en cours.
 - L'agenda de l'inspecteur de police constitue un simple instrument personnel pour la gestion des rendez-vous, qui doit être considéré comme des notes personnelles et non comme un document au sens de la LIPAD. Il en va de même des échanges électroniques entre policiers en charge d'une procédure.
 - Les informations sollicitées concernent une procédure pénale en cours, de sorte que la LIPAD ne trouve pas application.
 - Finalement, l'art. 26 al. 2 litt. d et e LIPAD s'oppose à la transmission des documents requis.
3. Par courriel du 7 mars 2024, Me X a saisi le Préposé cantonal d'une demande de médiation.
4. Une première rencontre de médiation a eu lieu le 18 avril 2024 avec le Préposé cantonal, Me X, la responsable LIPAD du DIN et Mme C (juriste au service juridique de la Police); une seconde rencontre de médiation a eu lieu le 6 mai 2024.

5. Par courriel du 17 mai 2024, Me X a sollicité la rédaction d'une recommandation, la médiation n'ayant pas abouti à un accord.
6. Le 24 mai 2024, la Préposée adjointe a informé les parties de la transmission du dossier pour recommandation, ainsi que du fait que le DIN avait confirmé son souhait de faire parvenir une détermination complémentaire.
7. Le même jour, la responsable LIPAD du DIN s'est déterminée, se référant par ailleurs en tous points au courrier de la Commandante de la Police du 5 mars 2024 susmentionné. Elle a relevé que la législation concernant l'utilisation des téléphones professionnels et ressources informatiques de l'administration cantonale ne permet pas d'accéder aux agendas et courriels des policiers hors procédure pénale (art. 23A al. 5 RPAC) et qu'en conséquence il était impossible de consulter ce qui constituait des notes personnelles. Elle a ajouté que *"tant l'agenda d'un policier que les échanges qui surviendraient sur un dossier pénal déterminé entre des policiers ou entre des policiers et une procureure, sur des messageries telles qu'Outlook ou WhatsApp, relèvent de la procédure pénale"* et constituent des actes préparatoires du rapport de police, lequel fait partie intégrante d'une procédure pénale. Conformément à l'art. 3 al. 3 LIPAD, ces échanges doivent être exclus de la LIPAD, car ils doivent être considérés comme des documents judiciaires au sens large. La LIPAD ne serait donc pas applicable. De plus, si la LIPAD devait trouver application, les documents requis ne devraient pas être considérés comme des "documents" au sens de la loi, mais comme des notes personnelles. Finalement, l'art. 26 al. 2 litt. d et e LIPAD s'opposerait à leur communication, au vu de la procédure pénale en cours.
8. La Préposée adjointe n'a donc pas pu consulter les documents querelés.

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^{er} mars 2002, a signifié un changement important pour les institutions publiques soumises à la loi puisqu'il s'est agi de passer du principe du secret à celui de la transparence.
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: *"[l]a transparence des activités étatiques et para-étatiques visée par la LIPAD a pour finalité de favoriser la libre formation de l'opinion publique et la participation des citoyens à la vie publique. En raison de l'importance que les collectivités publiques ont prises dans la vie moderne, une transparence accrue dans leur fonctionnement est de nature à permettre une meilleure formation de l'opinion publique. Elle est propre également à renforcer l'intérêt des citoyens pour le fonctionnement des institutions et à les inciter à mieux s'investir dans la prise des décisions démocratiques. Dans une démocratie semi-directe, qui appelle fréquemment les citoyens aux urnes sur les sujets les plus variés, la recherche d'une participation accrue grâce à une opinion publique librement formée présente un intérêt majeur"*.
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. 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).
15. 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.
16. 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).
17. 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).
18. Dans un arrêt du 23 juin 2016 (ATF 142 II 324, JT 2017 I 13), le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de savoir si l'agenda *outlook* de l'ancien chef de l'armement, pour la période du 1^{er} janvier 2013 au 26 mai 2014, est un document officiel au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans; RS 152.3). Notre Haute Cour a retenu que tel est le cas; elle s'est exprimée ainsi: "*[J]es informations contenues dans l'agenda outlook dépeignent globalement l'activité officielle de l'ancien chef de l'armement. Celui-ci a utilisé son agenda en rapport avec l'accomplissement de sa fonction, et donc aussi pour exécuter des tâches publiques. Bien que des rendez-vous privés y aient aussi été consignés, les agendas électroniques et les informations qui y sont contenues servent principalement à l'activité professionnelle et à la direction de l'Office, ce pourquoi on doit considérer que l'art. 5 al. 1^{er} let. c LTrans est applicable (...) Les inscriptions de l'agenda donnent dans leur ensemble une vision de l'accomplissement de sa fonction par l'ancien chef de l'armement et des processus de la direction militaire*". Il a ajouté: "*[J]e TAF a passé en revue les diverses fonctions d'un agenda outlook. Il a relevé que cet instrument n'est pas seulement destiné à l'organisation individuelle du temps disponible, à la mémorisation des événements prévus et aux invitations, mais aussi à la communication et à la coopération entre les collaborateurs. Le détenteur peut conférer des droits d'accès différents à divers utilisateurs, variant de la simple indication des périodes libres ou occupées jusqu'à l'affichage de tous les détails. L'agenda outlook permet aussi d'envoyer des invitations à participer à des séances. Il s'agit donc, dans l'ensemble, d'un instrument destiné à soutenir sous divers aspects la coopération de divers utilisateurs (voir c. 5.2.2.2 non publié). De ces constatations de fait qui*

lient le TF (art. 105 al. 1^{er} LTF), il ressort que l'agenda outlook de l'ancien chef de l'armement n'est pas un document destiné à l'usage personnel. Cet agenda n'est pas uniquement un aide-mémoire personnel destiné à la gestion des rendez-vous individuels. Sa portée est notablement plus étendue: son détenteur est l'un des cadres les plus élevés du Département fédéral de la défense. Son agenda a une influence déterminante dans l'ensemble de l'activité et des processus de l'Office fédéral de l'armement. Même si le cercle des personnes habilitées à y accéder se limite aux cadres supérieurs de l'Office, il n'est pas qu'un simple aide-mémoire pour le déroulement de la journée et la gestion des rendez-vous. Il s'agit d'un instrument de conduite essentiel pour la direction de l'Office."

19. De plus, 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).
20. 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).
21. 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.
22. 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: "*[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 d'ailleurs déjà 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>).
23. De même, 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).

24. 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).
25. 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 de ce principe.
26. En outre, 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).

27. 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.
28. 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).
29. 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).
30. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
31. 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.
32. Le Préposé cantonal et la Préposée adjointe, dans le souci de garantir un double regard neutre, impartial et indépendant sur la situation portée à leur connaissance, ont fait le choix de traiter séparément le processus de médiation proprement dit de la rédaction de la recommandation en faisant de sorte que lorsque c'est le Préposé cantonal qui veille à la médiation, c'est la Préposée adjointe qui rédige la recommandation et inversement.
33. En 2008, la loi a fait l'objet d'une révision importante: la protection des données personnelles a été ajoutée au volet transparence. Ainsi, 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.
34. 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.
35. La loi énonce un certain nombre de principes généraux régissant la protection des données personnelles (art. 35 à 40 LIPAD).
36. 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 lui 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).

37. A la forme, l'art. 45 LIPAD prévoit que *"la communication de ces données et informations doit être faite sous une forme intelligible et, en règle générale, par écrit et gratuitement"*.
38. Selon l'art. 46 LIPAD, *"¹ l'accès aux données personnelles ne peut être refusé que si un intérêt public ou privé prépondérant le justifie, en particulier lorsque: a) il rendrait inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives; b) la protection de données personnelles sensibles de tiers l'exige impérativement; c) le droit fédéral ou une loi cantonale le prévoit expressément. ² Un accès partiel ou différé doit être préféré à un refus d'accès dans la mesure où l'intérêt public ou privé opposé reste sauvegardé"*.
39. 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 :

40. Les documents requis concernent d'une part l'agenda d'un inspecteur de police (sous réserve de caviardage de certains éléments) et, d'autre part, des échanges électroniques entre des policiers en lien avec une procédure pénale en cours.
41. A l'appui du refus de communiquer au requérant les documents querellés, le DIN relève tout d'abord que la LIPAD ne trouve pas application en l'espèce, conformément à l'art. 3 al. 3 litt. b LIPAD, car lesdits documents font partie intégrante de la procédure pénale. De plus, si la LIPAD devait trouver application, les documents requis ne devraient pas être considérés comme des "documents" au sens de la loi, mais comme des "notes personnelles". Finalement, l'art. 26 al. 2 litt. d et e LIPAD s'opposerait à leur communication, au vu de la procédure pénale en cours.
42. La LIPAD s'applique aux pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux, ainsi qu'à leurs administrations et aux commissions qui en dépendent (art. 3 al. 1 litt. a), sous réserve du traitement des données personnelles effectué par les juridictions en application des lois de procédure, aux fins de trancher les causes dont ils sont ou ont été saisis (art. 3 al. 3 litt. b LIPAD).
43. Le requérant a formulé sa demande à l'aune des art. 24 et suivants LIPAD, soit du volet "transparence" de la loi. Le volet "transparence" de la LIPAD trouve application en l'espèce, conformément à l'art. 3 al. 1 litt. a LIPAD.
44. En effet, le Département des institutions (DIN) est l'un des sept départements de l'administration cantonale (art. 1 al. 1 litt. c du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1er juin 2023; ROAC; RSGe B 4 05.10). Il comprend notamment le Corps de police (art. 5 al. 1 litt. b ROAC). De la sorte, la LIPAD lui est applicable (art. 3 al. 1 litt. a).

45. A titre liminaire, il faut relever que la demande n'intervient pas dans le but énoncé par la loi en lien avec son volet "transparence", à savoir favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique, mais en lien avec un intérêt privé de partie à une procédure pénale. Toutefois, conformément à l'art. 24 al. 1 LIPAD, toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue par la loi, de sorte que la demande ne saurait être écartée pour ce motif, ce d'autant plus qu'une requête n'a pas à être motivée (art. 28 al. 1 LIPAD).
46. En l'occurrence, de par sa nature même, la présente demande d'accès a trait au lien entre transparence, droit d'accès à ses données personnelles et procédures judiciaires. A cet égard, il sied de retenir que le législateur ne souhaitait pas que la transparence compromette des enquêtes prévues par la loi, ni ne 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). De même, l'accès à ses propres données personnelles ne saurait rendre 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). Finalement, le législateur a soustrait à 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), l'exposé des motifs précisant que "*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).
47. 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).
48. En l'espèce, la demande d'accès porte sur deux types de documents. D'une part, sur l'agenda d'un Inspecteur de police et, d'autre part, sur des échanges de courriels entre une Procureure et des policiers ou entre des policiers entre eux dans le cadre d'une procédure pénale en cours.
49. S'agissant de **l'agenda d'un Inspecteur**, l'on ne saurait retenir, à l'aune de la jurisprudence susmentionnée, qu'il a été élaboré dans le cadre d'une procédure en cours.
50. Cela va dans le sens de ce que la Cour de Justice a relevé dans un arrêt du 19 décembre 2023 (ATA/1354/2023, consid. 5.2) dans le cadre d'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.
51. Le DIN n'a pas transmis le document querellé à la Préposée adjointe, considérant ne pas avoir de base légale l'autorisant à accéder au contenu de l'ordinateur d'un policier.

52. Il sied ici de rappeler l'arrêt du 19 décembre 2023 de la Chambre administrative de la Cour de justice (ATA/1354/2023) susmentionné concernant l'accès à l'agenda d'un magistrat. Selon la Cour, la Commission de gestion du Pouvoir judiciaire et le procureur avaient l'obligation de communiquer au Préposé cantonal la pièce sollicitée. Il en résultait que la procédure était viciée au regard des exigences procédurales de l'art. 30 al. 3 et 5 LIPAD. Pour les juges, "*[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*".
53. En l'espèce et à l'aune de la jurisprudence susmentionnée, la Préposée adjointe déplore que le DIN ne lui communique pas le document requis. Elle ne saurait rendre de recommandation à cet égard, faute d'avoir eu accès au document, mais attire l'attention du DIN sur une recommandation du 14 mars 2024 (<https://www.ge.ch/document/35796/telecharger>) portant sur l'accès à l'agenda d'un Procureur et dans laquelle il avait été conclu ce qui suit: "*[l]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*".
54. S'agissant des **échanges de courriels** entre une Procureure et des policiers ou entre des policiers entre eux en lien avec une procédure pénale, ils sont intervenus par définition dans le cadre de la procédure pénale et n'existent que du fait de l'existence de ladite procédure.
55. La police agit ici en tant qu'autorité de poursuite pénale au sens du code de procédure pénale (art. 12 et 15 al. 2 CPP).
56. Le législateur avait la volonté d'éviter que la transparence ou le droit d'accès à ses propres données ne perturbe le bon déroulement des enquêtes prévues par la loi (art. 26 al. 2 litt. d et e LIPAD; art. 46 al. 1 litt. a LIPAD; art. 3 al. 3 litt. b LIPAD). Le Tribunal fédéral a considéré que le principe de la transparence ne s'appliquait pas s'agissant des documents qui ont été ordonnés expressément dans le cadre d'une procédure judiciaire (arrêt 1C_367/2020 du 12 janvier 2021).
57. En l'espèce, les courriels litigieux ont indéniablement été élaborés dans le cadre d'une procédure pénale en cours, la demande d'accès s'y référant par ailleurs expressément.

58. Dans un tel cas de figure, ce sont les dispositions du code de procédure pénale qui trouvent application, la LIPAD leur cédant le pas, conformément aux art. 26 al. 2 litt. e et 26 al. 4 LIPAD.
59. Au vu de ce qui précède, il convient de conclure que les courriels litigieux sont exclus du droit d'accès prévu par la LIPAD, à tout le moins tant que la procédure pénale est pendante.

RECOMMANDATION

60. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au DIN de se référer à la direction de la procédure quant à l'accès concernant les échanges de courriels sollicités.
61. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le DIN doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).
62. Le présent acte est notifié par pli recommandé à :
- a. Me X
 - b. Mme D, responsable LIPAD, Département des institutions et du numérique (DIN), Secrétariat général, Direction juridique, rue de l'Hôtel-de-Ville 14, Case postale 3952, 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.
--