



## Demande d'accès auprès du Département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (DIP) à tous les échanges intervenus concernant une procédure menée à l'encontre de la requérante

### Recommandation du 27 janvier 2025

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

1. En date du 15 août 2024, Me X, représentant les intérêts de Mme Y, a saisi le Préposé cantonal d'une demande de médiation. A l'appui de ladite demande, elle a indiqué ce qui suit.
2. Le 15 avril 2024, invoquant les art. 24 al. 1, 25 al. 2 et 44 al. 1 LIPAD, Mme Y avait sollicité, dans le cadre d'observations déposées suite à un entretien de service dont elle faisait l'objet, l'accès à "*tout document concernant la procédure menée à son encontre*", en particulier :
  - Tous les échanges (courriels, notes, etc.) intervenus entre A et B depuis le 25 août 2022 la concernant;
  - Tous les échanges (courriels, notes, etc.) intervenus entre A et / ou B avec C depuis le 25 août 2022 la concernant;
  - Tous les échanges (courriels, notes, etc.) intervenus entre A et / ou B avec le Secrétariat général du DIP depuis le 25 août 2022 la concernant;
  - Tous les échanges intervenus entre le DIP et / ou D et/ ou A et / ou B avec le Service d'audit interne (SAI) depuis le 25 août 2022 la concernant.
3. Par courrier du 28 mai 2024, la responsable LIPAD du DIP s'est déclarée compétente pour traiter de la demande. Elle a précisé qu'au vu de son ampleur, son instruction pourrait prendre un certain temps et un émolument pourrait être exigé, conformément aux art. 28 al. 7, 44 al. 3 LIPAD et 24 RIPAD.
4. Le 2 août 2024, le DIP a indiqué les démarches d'instructions entreprises suite à la demande d'accès de Mme Y. Plus de 2000 messages comportant le nom de la requérante ont été recensés, messages qu'il conviendrait de trier, d'examiner, potentiellement caviarder des données personnelles sensibles de tiers avant de pouvoir les transmettre, ce qui prendrait de nombreuses heures. Le DIP a considéré qu'il s'agissait d'un travail manifestement disproportionné au sens de l'art. 28 al. 5 LIPAD. En outre, s'agissant des échanges avec le SAI, l'art. 16 al. 5 de la loi sur la surveillance de l'Etat du 14 mars 2014 (LSurv; RSGE D 1 09) prévoyant la confidentialité de la mission du SAI, s'opposait à leur transmission. Le DIP a rejeté la demande d'accès de la requérante et indiqué qu'une médiation pouvait être requise auprès du Préposé cantonal dans un délai de 10 jours.
5. Le 15 août 2024, Me X a saisi le Préposé cantonal d'une demande de médiation, indiquant que les documents requis sont d'une importance cruciale pour sa mandante afin de sauvegarder ses droits de procédure, "*violés à de réitérées reprises depuis le*

*"lancement d'alerte" intervenu à son égard, mais aussi ses intérêts et le maintien de ses rapports de service, lesquels font l'objet depuis bien trop longtemps d'une menace de résiliation absolument injustifiée".* Elle a précisé le contexte dans lequel la demande intervenait, principalement alors que diverses procédures concernant sa mandante avaient été menées ou étaient en cours (investigation auprès du Groupe de confiance, audit par le Service d'audit interne, entretien de service). Elle a souligné que les courriels pertinents avaient d'ores et déjà été regroupés, leur examen pouvant dès lors intervenir rapidement, de même que leur caviardage. Selon son estimation, il serait possible de passer en revue 4 courriels par minute à des fins de tri, soit 240 courriels par heure, soit au maximum 1 journée et demie de travail. Il ne s'agirait donc pas d'un travail manifestement disproportionné au sens de la jurisprudence relative à l'art. 26 al. 5 LIPAD. S'agissant des courriels échangés avec le SAI, ils pourraient être caviardés de sorte à préserver la confidentialité requise et donner une suite favorable à la demande de la requérante.

6. La médiation a eu lieu le 17 octobre 2024, en présence de Mme Y (requérante), Me X (avocate de la requérante), Me Z (avocate stagiaire), Mme E (juriste à la Direction des affaires juridiques du DIP) et du Préposé cantonal.
7. Suite à la médiation, des discussions sont intervenues entre les parties, sous couvert du secret de la médiation, mais n'ont pas abouti.
8. Ainsi, par courriel du 13 décembre 2024 au Préposé cantonal, le DIP a fait savoir que *"la satisfaction de la demande d'accès aux données personnelles de la requérante entraînerait un travail manifestement disproportionné au sens de l'art. 26 al. 5 LIPAD. En effet, l'OCSIN nous a confirmé que, même réactualisée par la requérante, sa demande d'accès aux données personnelles est estimée à 55 heures de travail sur une durée d'au moins 6 semaines, ce qui est extrêmement conséquent. De plus, dans le cas où des documents ressortiraient de cette recherche, ceux-ci, si tant est que leur transmission à la requérante soit possible compte tenu des exceptions de la LIPAD, devraient encore être traités (lus, compris et caviardés) par le DIP, ce qui pourrait encore ajouter du temps de traitement à la première estimation de 55 heures de travail. A l'appui de notre position, il est lieu de constater que le temps estimé par l'OCSIN et le DIP est largement au-dessus des 6 heures pour la mise à disposition de 10 arrêts rendus par la Cour de justice (ATA/307/2008 du 10 juin 2008) et de l'établissement d'une liste de chauffeurs de taxi se trouvant dans un système informatique et nécessitant 8 heures de travail environ (ATA/919/2024 du 25 novembre 2014)".*
9. En date du 18 décembre 2024, le Préposé cantonal a informé le DIP qu'il transmettait le dossier à la Préposée adjointe pour recommandation.
10. Le 9 janvier 2025, la Préposée adjointe a pris contact avec E, juriste à la Direction des affaires juridiques du DIP en charge du dossier afin de pouvoir consulter un échantillon des documents requis, échantillon qui lui a été remis le 22 janvier 2025.

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

11. En édictant la LIPAD, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002, le législateur a érigé la transparence au rang de principe aux fins de renforcer tant la démocratie que le contrôle de l'administration, valoriser l'activité étatique et favoriser la mise en œuvre des politiques publiques (MGC 2000 45/VIII 7671 ss).

12. S'agissant de son volet relatif à l'accès aux documents en mains des institutions publiques, la LIPAD a ainsi pour *"but de favoriser la libre information de l'opinion et la participation à la vie publique"* (art. 1 al. 2 litt. a LIPAD).
13. A ce propos, l'exposé des motifs à l'appui du 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"* (MGC 2000 45/VIII 7676).
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. 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).
19. 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).
20. Le principe de transparence n'est pas absolu. L'accès aux documents est restreint par différentes exceptions s'il existe un intérêt prépondérant au maintien du secret prévu à l'art. 26 LIPAD.
21. Selon la Cour de justice, *"par souci d'harmonisation verticale et dans la mesure où les différentes législations sur la transparence visent le même but et reprennent des principes de base globalement identiques, la jurisprudence rendue sur la base de la LTrans peut en principe être transposée à la LIPAD"* (ATA/154/2016 du 23 février 2016, consid. 5.a).
22. Il ressort de la jurisprudence applicable à la LTrans que si l'institution publique décide de limiter ou de refuser l'accès à des documents officiels, elle doit alors démontrer que les conditions aux exceptions à la transparence sont réalisées dans le cas d'espèce (arrêt du TF 1C\_428/2016 du 27 septembre 2017, consid. 2.3). A cet égard, ses

explications doivent être convaincantes, à savoir être précises et claires, complètes et cohérentes (arrêt du TAF A-6/2015 du 26 juillet 2017, consid. 4.1; Recommandation du PFPDT du 29 août 2018). Si l'institution publique ne parvient pas à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels, elle supporte les conséquences du défaut de preuve et l'accès doit en principe être accordé (arrêt du TAF A-6755/2016 du 23 octobre 2017, consid. 3.2).

23. Selon l'art. 26 al. 2 litt. e, l'accès aux documents ne saurait rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives. L'exposé des motifs à l'appui du PL 8356 précise: « *Ces deux dispositions [litt. d et e] 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>).
24. En 2016, le Tribunal fédéral avait estimé que la LIPAD ne s'appliquait pas aux procédures (civiles, pénales ou administratives) pendantes: « *Il est vrai que la LIPAD ne s'applique pas aux procédures, civiles, pénales et administratives en cours. Le législateur genevois a certes considéré qu'il n'y avait pas de raison de 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).
25. Deux ans plus tard, notre Haute Cour avait considéré, dans un cas où un recourant, parallèlement à la saisie de la juridiction civile du litige l'opposant à l'Etat, tentait d'obtenir, par le biais de la LIPAD, l'accès à des données personnelles: « *L'art. 46 LIPAD institue des restrictions au droit d'accès fondées sur l'existence d'un intérêt public ou privé prépondérant. Les "restrictions au droit d'accès à des dossiers" (al. 1 let. a) constituent l'un de ces motifs. Cette disposition s'applique aux restrictions au droit d'accès proprement dit, soit aux dispositions du droit de procédure restreignant, pour les parties ou des tiers, l'accès à des dossiers de procédure (cf. les art. 101 ss CPP et 53 al. 2 CPC) [...] Quoiqu'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).*

26. 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.
27. Selon l'art. 26 al. 2 litt. f LIPAD, la transmission des documents ne saurait rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers. Cette disposition renvoie à l'art. 39 al. 9 LIPAD s'agissant de la possibilité de divulguer à une personne de droit privé des documents contenant des données personnelles. Cette dernière disposition requiert l'existence d'un intérêt privé digne de protection du requérant, devant être mis en balance avec l'intérêt privé des personnes au sujet desquelles lesdites données sont traitées. Dans un arrêt du 8 mars 2016, la Cour de justice n'a pas retenu d'intérêt digne de protection du requérant d'avoir accès aux éléments transmis par la commune par laquelle il avait été licencié à la Cour des Comptes; en effet, lesdits éléments concernaient la gestion des ressources humaines de la commune de manière générale et non la qualité de son travail en particulier et ne pouvaient dès lors être utiles au requérant dans le cadre de son licenciement (ATA/213/2016 du 8 mars 2016 consid. 9).
28. L'institution peut également refuser de donner suite à une demande d'accès à un document dont la satisfaction entraînerait un travail manifestement disproportionné (art. 26 al. 5 LIPAD).
29. Le Tribunal administratif, puis la Cour de justice ont déterminé ce qu'est un « travail manifestement disproportionné ». Ainsi, un travail de tri et de caviardage portant sur huit volumes reliés par des anneaux et sur cinq classeurs fédéraux, détenus par l'autorité de surveillance des offices des poursuites et faillites est un travail considérable au vu de l'importance et de la masse desdits documents (ATA/231/2006 du 2 mai 2006, consid. 5). De même, la recherche des subventions versées à une association durant une période de près de 20 ans est manifestement disproportionnée au vu de l'étendue de la période visée et du fait que la recherche et le classement des documents demandés n'étaient pas couverts par les obligations instaurées par la LIPAD, car antérieurs à sa mise en œuvre (ATA/564/2008 du 4

novembre 2008). Même chose pour le Tribunal fédéral, concernant une demande d'accès aux décisions de classement prononcées par la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients au cours des cinq dernières années, ainsi qu'à des dossiers relatifs à des procédures de ladite instance, qui nécessiterait 148 heures de travail (arrêt 1C\_584/2022, du 20 juin 2023). Enfin, notre Cour suprême a jugé, dans un arrêt du 2 février 2024 (1C\_494/2023), que la requête consistant à obtenir une liste de toutes les affaires portées, entre 2010 et 2020, devant le Tribunal de première instance et devant le Tribunal cantonal par des personnes séparées ou divorcées appelées en solidarité des dettes fiscales de leur (ex-) conjoint (e), en mentionnant la référence attribuée à chacune des affaires, l'année, les montants (avec intérêts) réclamés, et en précisant le code postal et le sexe (h/f) des personnes concernées et d'autres informations en lien avec ces décisions, dont les décisions elles-mêmes, caviardées, ainsi qu'une liste anonymisée de tous les actes de poursuite notifiés entre 2010 et 2021 qui ont comme cause de l'obligation la solidarité fiscale fondée sur l'art. 14 LI, en mentionnant expressément l'année, les montants (avec intérêts) réclamés, le code postal et en précisant si ces actes de poursuite ont été adressés à l'(ex-) épouse ou à l'(ex-) époux, ainsi que d'autres documents en lien avec l'application de l'art. 14 LI, constituait une charge de travail disproportionnée pour l'administration. Finalement, dans une recommandation du 30 avril 2024 (<https://www.ge.ch/document/35867/telecharger>), le Préposé cantonal a retenu qu'une demande d'accès portant sur l'ensemble des correspondances internes, ainsi qu'avec une Etude d'avocats intervenues dans le dossier fiscal d'une société entraînerait un travail disproportionné: globalement, le nom de la société était présent dans plus de 865 mails; le Préposé cantonal avait considéré tout à fait plausible la centaine d'heures au minimum estimée par l'AFC pour satisfaire la requête. *"En effet, pour obtenir l'entier des communications internes, il conviendrait que chaque collaborateur vérifie ses dossiers ainsi que ses courriels avec leurs éventuelles annexes, afin de déterminer si le nom de la contribuable apparaît. Il faudrait ensuite que chacun, le cas échéant, procède à un examen de chaque document. Pour le Préposé cantonal, il serait disproportionné d'exiger que chaque fonctionnaire consacre plusieurs heures à trier, relire, vérifier et caviarder de nombreux courriels. De surcroît, des données personnelles sensibles au sens de l'art. 4 litt. b LIPAD pourraient aussi être présentes dans les communications, ce qui imposerait une diligence accrue de la part des personnes en charge du caviardage"*.

30. Par contre, la mise à disposition de dix arrêts rendus par la Cour de justice en application de la loi sur la responsabilité de l'État et des communes, estimée à une durée de six heures, ne constitue pas un travail manifestement disproportionné (ATA/307/2008 du 10 juin 2008). Tel n'est pas le cas non plus de l'établissement d'une liste de chauffeurs de taxi se trouvant dans un système informatique et nécessitant huit heures de travail environ (ATA/ 919/2014 du 25 novembre 2014).
31. Pour autant que cela ne requière pas un travail disproportionné, 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).
32. 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.

33. 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. Il s'efforce de les amener à un accord. Il leur soumet, si nécessaire, des propositions (art. 10 al. 8 et 9 RIPAD).
34. Dans ces limites, c'est au Préposé cantonal qu'il incombe de déterminer les modalités de la médiation. 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).
35. 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.
36. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
37. 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. La recommandation doit être rédigée dans le respect des institutions et de la personnalité des personnes et institutions concernées (art. 10 al. 11 RIPAD).
38. 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.
39. 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.
40. La loi énonce un certain nombre de principes généraux régissant la protection des données personnelles (art. 35 à 40 LIPAD).
41. 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).
42. 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*".

43. 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".
44. 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.
45. En application de l'art. 8 de la loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020 (LPD; RS 235.1), le Tribunal fédéral a rappelé que le droit à l'information prévu audit art. 8 n'avait pas pour but de faciliter l'obtention de preuves ou d'interférer avec le droit de procédure civile. Dans l'affaire en question, il avait considéré que la demande d'information qui avait pour seul but de préparer une procédure civile et de clarifier les perspectives d'un litige, sans poursuivre en même temps une finalité au regard de la législation sur la protection des données était constitutive d'un abus de droit manifeste (4A\_277/2020 du 18 novembre 2020, consid. 5.4). Ultérieurement, il a encore précisé que le droit à l'information prévu à l'art. 8 LPD n'avait pas pour but de faciliter l'obtention de preuves ou d'interférer avec le droit de procédure civile (4A\_125/2020 du 10 décembre 2020, consid. 1.7.2).
46. Par ailleurs, selon la Cour de justice (ATA/475/2024, cons. 3.3), le droit de consulter le dossier est un aspect du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 132 II 485 consid. 3.2). Selon la jurisprudence, le justiciable ne peut toutefois pas exiger la consultation de documents internes à l'administration, à moins que la loi ne le prévoit expressément (ATF 125 II 473 consid. 4a; 122 I 153 consid. 6a). Il s'agit des notes dans lesquelles l'administration consigne ses réflexions sur l'affaire en cause, en général afin de préparer des interventions et décisions nécessaires. Il peut également s'agir de communications entre les fonctionnaires traitant le dossier. Cette restriction du droit de consulter le dossier doit de manière normale empêcher que la formation interne de l'opinion de l'administration sur les pièces déterminantes et sur les décisions à rendre soit finalement ouverte au public. Il n'est en effet pas nécessaire à la défense des droits des administrés que ceux-ci aient accès à toutes les étapes de la réflexion interne de l'administration avant que celle-ci ait pris une décision ou manifesté à l'extérieur le résultat de cette réflexion (ATF 115 V 297 consid. 2g; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_685/2018 du 22 novembre 2019 consid. 4.4.2).

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

47. Conformément à l'art. 3 al. 1 litt. a LIPAD, le pouvoir exécutif est soumis à la LIPAD. Le DIP est l'un des sept départements de l'administration cantonale (art. 1 al. 1 litt. b ROAC). De la sorte, la LIPAD lui est applicable.

48. La requérante sollicite l'accès à "tout document concernant la procédure menée à son encontre", ces éléments étant cruciaux pour sauvegarder ses droits de procédure, en particulier :
- Tous les échanges (courriels, notes, etc.) intervenus entre A et B depuis le 25 août 2022 la concernant;
  - Tous les échanges (courriels, notes, etc.) intervenus entre A et / ou B avec C depuis le 25 août 2022 la concernant;
  - Tous les échanges (courriels, notes, etc.) intervenus entre A et / ou B avec le Secrétariat général du DIP depuis le 25 août 2022 la concernant;
  - Tous les échanges intervenus entre le DIP et / ou D et/ ou A et / ou B avec le Service d'audit interne (SAI) depuis le 25 août 2022 la concernant.
49. Le DIP s'oppose à cette transmission considérant qu'elle entraînerait un travail disproportionné au sens de l'art. 26 al. 5 LIPAD, estimant à plus de 100 heures le travail de recherche et de tri. La requérante considère au contraire qu'il serait possible de traiter 240 courriels par heure, soit au maximum 1 journée et demie de travail.
50. La Préposée adjointe a pu prendre connaissance d'un échantillon des courriels sollicités. Elle a constaté que le travail de lecture des courriels, de leurs éventuelles annexes et des suites de courriels potentiellement en copie s'avérait chronophage. Un examen attentif de chaque courriel apparaît nécessaire pour déterminer si un caviardage du document s'impose, et le cas échéant lequel. En effet, sans dévoiler le contenu des documents dont la transmission est contestée (art. 10 al. 11 RIPAD), il apparaît que ces derniers contiennent souvent des données qui ne concernent pas uniquement la requérante, mais également des collègues, voir des détails concernant des dossiers traités par le service de la requérante. De plus, il conviendrait de s'assurer, en cas de communication, que les droits des expéditeurs et destinataires des courriels soient préservés. A cet égard, selon la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), lorsqu'un salarié souhaite obtenir la communication de données contenues dans des courriels dans lesquels il est mentionné, l'employeur doit trouver un équilibre entre la satisfaction du droit d'accès du salarié et le respect des droits et libertés des autres salariés, notamment le secret des correspondances (<https://www.cnil.fr/fr/le-droit-dacces-des-salaries-leurs-donnees-et-aux-courriels-professionnels>). Finalement, la plupart des courriels, de par l'objet même de la demande d'accès, sont liés à des procédures pendantes.
51. Le traitement de 240 courriels par heure, tel qu'estimé par la requérante, n'apparaît pas réaliste pour un tel travail. L'estimation temporelle fournie par le DIP semble plus plausible, étant précisé que ce travail de relecture et caviardage interviendrait après un travail de recherche conséquent de la part de l'OCSIN (55 heures) pour s'assurer de l'exhaustivité de la recherche. A cet égard, la Préposée adjointe relève que, dans sa recommandation du 30 avril 2004 susmentionnée, le Préposé cantonal avait considéré tout à fait plausible la centaine d'heures au minimum estimée par l'AFC pour satisfaire une requête d'accès portant sur plus de 865 courriels, qu'il serait nécessaire d'examiner. Selon lui, "il serait disproportionné d'exiger que chaque fonctionnaire consacre plusieurs heures à trier, relire, vérifier et caviarder de nombreux courriels". Il n'y a pas lieu de s'écarter de cette analyse dans la présente affaire où l'examen devrait porter sur plus de 2000 courriels.

52. Dès lors que l'estimation temporelle du DIP pour donner suite à la demande d'accès apparaît plausible, il sied de considérer que la satisfaction de la demande entraînerait un travail manifestement disproportionné au sens de l'art. 26 al. 5 LIPAD. En effet, au vu des jurisprudences rendues en la matière, le temps estimé est largement au-dessus de 6 heures pour remettre dix arrêts rendus par la Cour de Justice (ATA/307/2008 du 10 juin 2008) ou de huit heures pour établir une liste de chauffeurs de taxi (ATA/ 919/2014 du 25 novembre 2014). Il s'apparente plus aux 148 heures de travail liées au caviardage de décisions de classement prononcées par la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients au cours des cinq dernières années considérées par le Tribunal fédéral comme un travail manifestement disproportionné (1C\_584/2022, du 20 juin 2023) ou à la situation ayant fait l'objet de la recommandation du Préposé cantonal du 30 avril 2024 susmentionnée.
53. Au vu de ce qui précède, la question de savoir, au regard des jurisprudences rendues par le Tribunal fédéral en application de l'art. 8 LPD (4A\_277/2020 du 18 novembre 2020 et 4A\_125/2020 du 10 décembre 2020), si la requérante se prévaut abusivement de la LIPAD, puisqu'elle invoque son droit d'accès fondé sur l'art. 44 LIPAD non pas pour exercer des prétentions en lien avec la protection des données, mais dans le but d'obtenir des éléments en lien avec une procédure pendante, peut rester ouverte. Il en va de même de la question de savoir si l'art. 26 al. 2 litt. e LIPAD ou l'art. 46 al. 2 LIPAD s'opposent à l'accès requis.
54. Ainsi, la Préposée adjointe est d'avis que la satisfaction de la demande d'accès entraînerait un travail manifestement disproportionné au sens de l'art. 26 al. 5 LIPAD. En conséquence, elle recommande au DIP de rejeter les prétentions de la requérante relatives à la LIPAD.

## RECOMMANDATION

55. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au DIP de ne pas transmettre à la requérante tout document concernant la procédure menée à son encontre, en particulier les échanges (courriels, notes, etc.) intervenus entre A et B depuis le 25 août 2022 la concernant, les échanges (courriels, notes, etc.) intervenus entre A et / ou B avec C depuis le 25 août 2022 la concernant, les échanges (courriels, notes, etc.) intervenus entre A et / ou B avec le Secrétariat général du DIP depuis le 25 août 2022 la concernant, les échanges intervenus entre le DIP et / ou D et/ ou A et / ou B avec le Service d'audit interne (SAI) depuis le 25 août 2022 la concernant.
56. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le DIP doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).
57. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à:
- Me A
  - Mme Marie-Christine Maier Robert, responsable LIPAD, Département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (DIP), Secrétariat général du DIP, Direction des affaires juridiques, rue de l'Hôtel-de-Ville 6, CP 3925, 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 concernée de l'informer de la suite qui sera donnée à la présente recommandation.*