

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2900/2007-DSPE

ATA/383/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 8 juin 2010

dans la cause

Monsieur C _____
représenté par Me Robert Assaël, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITE, DE LA POLICE ET DE
L'ENVIRONNEMENT**

et

**MADAME LA MÉDIATRICE EN MATIÈRE D'INFORMATION DU PUBLIC
ET D'ACCÈS AUX DOCUMENTS**

et

Monsieur Z _____, appelé en cause
représenté par Me Christian Lüscher, avocat

EN FAIT

1. Le 25 août 2004, le Conseil d'Etat a nommé Monsieur C_____ au poste de chef de la police judiciaire, avec effet au 1^{er} septembre 2004.
2. Cette nomination n'a pas fait l'objet d'un consensus ; elle a entraîné de graves dissensions au sein de la police, relatées dans la presse, qui ont perturbé notamment le fonctionnement de la police judiciaire (ci-après : PJ).
3. Devant cette situation, le 30 octobre 2006, Monsieur Laurent Moutinot, président du département des institutions, a proposé à l'Etat-major de la PJ de procéder à un audit de la direction de la PJ. Cette proposition a été reçue favorablement par les personnes concernées, dont M. C_____.
4. Cet audit a été confié le 30 octobre 2006 par M. Moutinot à Monsieur Z_____, avocat et ancien président du Conseil d'Etat, qui a eu pour mandat "d'analyser le fonctionnement de la direction de la PJ".

Après avoir pris connaissance du dossier que lui avait remis le département de la sécurité, de la police et de l'environnement (ci-après : DSPE, anciennement dénommé département des institutions), M. Z_____ a pris contact avec Madame Monica Bonfanti, cheffe de la police, et son adjoint. Il a procédé à l'audition de M. C_____ et d'une dizaine de gradés de la police. Il a déposé son rapport le 28 février 2007, concluant à plusieurs manquements de M. C_____ dans l'exercice de sa fonction.

5. Dans sa délibération du 7 mars 2007, le Conseil d'Etat, se fondant sur ce rapport, a décidé de ne pas confirmer dans sa fonction M. C_____, qui était encore en période probatoire, et de l'affecter à des tâches déterminées par la cheffe de la police.
6. Le 15 mars 2007, le journal "Le Matin", qui s'était procuré le rapport d'audit par des voies non élucidées, a publié en première page une photo de M. C_____, en titrant : "Le mauvais chef, c'est lui" et accusé ce dernier d'avoir failli dans sa fonction.

Le 15 mars 2007 également, la "Tribune de Genève" en a fait de même, sous le titre : "L'audit accable le chef de la Police judiciaire".

7. Le même jour, à 08h00, M. C_____ a pris connaissance de l'audit, par M. Moutinot, qui lui en a remis copie lors d'un rendez-vous convenu le 12 mars 2007.

8. Le 15 mars 2007 toujours, mais en fin de matinée, MM. Moutinot et Z_____, ainsi que Mme Bonfanti ont tenu une conférence de presse et distribué l'audit, qui avait été transmis le matin même à la commission judiciaire et de police et à la commission des visiteurs officiels du Grand Conseil, ainsi qu'au Procureur général. A l'issue de la conférence de presse, ce rapport a été publié sur le site internet de l'Etat de Genève et sur le site intranet de la police.
9. Le 5 avril 2007, M. C_____, par l'intermédiaire de son conseil, a prié le président du DSPE de lui transmettre la décision par laquelle le commandement de la police judiciaire lui avait été retiré, la copie de tout le dossier relatif à l'audit, notamment les procès-verbaux des auditions effectuées, les notes, les pièces et les documents. Enfin, il voulait savoir qui avait décidé de mettre cet audit en ligne, quand et pour quelle raison.
10. Le 16 avril 2007, le président du DSPE a confirmé la volonté du Conseil d'Etat de ne pas maintenir M. C_____ dans sa fonction. Un arrêté serait pris par cette autorité dès que la cheffe de la police se serait déterminée sur la nouvelle affectation de M. C_____ au sein du corps de police. Une décision de non confirmation n'était pas sujette à recours, en application de l'art. 56B al. 4 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05).

Le Conseil d'Etat avait pris la décision de rendre public ce rapport en conformité des critères fixés par la loi sur l'information du public et l'accès aux documents du 5 octobre 2001 (LIPAD - A 2 08).

Quant au dossier relatif à l'audit, détenu par M. Z_____, il n'était pas accessible, conformément à l'art. 25 al. 4 de ladite loi.

11. Par un courrier du 30 avril 2007, M. C_____ s'est plaint auprès du président du DSPE de la révélation inadmissible de l'audit. "Le Matin", en tout cas, était entré en possession de l'audit avant que celui-ci ne soit distribué à la presse, en profitant d'une violation du secret de fonction. C'était par celle-ci qu'il avait appris - avant de se rendre au rendez-vous précité à 08h00 - la sanction disciplinaire déguisée dont il avait fait l'objet le 7 mars 2007 déjà, au mépris de son droit d'être entendu. Aucune décision écrite en ce sens ne lui avait été remise.

Enfin, la publication de l'audit sur le site internet de l'Etat de Genève portait atteinte à sa sphère privée et ce rapport aurait dû être soustrait au droit d'accès du public à certains documents, en application de l'art. 26 al. 1 LIPAD.

Il concluait en sollicitant le retrait immédiat de ce rapport du site internet de l'Etat de Genève et la copie de tout le dossier de l'audit afin de faire valoir ses droits, l'art. 25 al. 4 LIPAD n'y faisant pas obstacle, puisqu'il était partie à la procédure.

12. Par courrier du même jour, M. C_____ a saisi la médiatrice LIPAD en la priant d'intervenir sur toutes ses demandes entrant dans les compétences de celle-ci.
13. Le 7 mai 2007, le président du DSPE a informé M. C_____ que, par gain de paix, et en considération du fait que l'information du public ne nécessitait pas qu'il soit accessible en ligne plus longtemps, l'audit avait été retiré du site internet de l'Etat de Genève le 4 mai 2007. Par ailleurs, les termes du courrier du 16 avril étaient confirmés.
14. Le 13 juin 2007, la médiatrice a informé le président du DSPE de l'échec de la médiation et prié le département de prendre une décision formelle de refus avec indication de la voie de recours au Tribunal administratif.
15. Le 22 juin 2007, le président du DSPE a rejeté la demande d'accès de M. C_____ au dossier relatif au rapport du 28 février 2007 de M. Z_____. Il était relevé de surcroît que M. C_____, qui n'avait pas été confirmé dans ses fonctions de chef de la PJ, n'était pas davantage légitimé à avoir accès à ce dossier sur la base des art. 7 et 41 ss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), ledit rapport n'ayant pas été rendu dans le cadre d'une procédure administrative d'une part, et la décision de non confirmation n'étant pas sujette à recours, d'autre part.
16. Par acte posté le 25 juillet 2007, M. C_____ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif en concluant préalablement à ce qu'il soit ordonné aux autorités intimées, soit le DSPE et le Conseil d'Etat, cas échéant, à M. Z_____, de remettre au tribunal l'intégralité du dossier relatif à l'établissement du rapport sur le fonctionnement de la direction de la PJ du 28 février 2007 (conclusion n° 2), de communiquer l'heure exacte à laquelle ce rapport avait été publié sur les sites, de même que la personne ou l'autorité ayant décidé de le publier sur le site intranet de la police (conclusion n° 3). Un délai devait lui être accordé pour compléter son recours. Sur le fond, il concluait à l'annulation de la décision attaquée (conclusion n° 4), à ce que le tribunal constate que la diffusion de l'audit sur les deux sites internet précités avait été faite en violation de la LIPAD (conclusion n° 6). Les autorités intimées devaient être condamnées à faire publier le dispositif de l'arrêt dans "la Tribune de Genève", "24 Heures", "Le Matin", "GHI", "Le Courrier", "le Temps", "le Nouvelliste", "l'Illustré", "l'Hebdo" et à faire diffuser cette information par l'ATS, la TSR, Léman bleu, la Radio suisse romande, Radio-Lac et One FM (conclusion n° 7).

Le tribunal devait enfin transmettre, cas échéant, ordonner au DSPE, au Conseil d'Etat et à M. Z_____, sous la menace des peines prévues par l'art. 292 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), de transmettre au recourant l'intégralité du dossier relatif à l'établissement de ce rapport (conclusion n° 8).

Si par impossible le tribunal devait considérer que les procès-verbaux n'étaient pas encore approuvés au sens de l'art. 25 al. 4 LIPAD, le tribunal devait soumettre, cas échéant, ordonner au DSPE, au Conseil d'Etat et à M. Z_____, de soumettre aux personnes interrogées le procès-verbal les concernant pour approbation, le tout sous menace des peines prévues à l'art. 292 CP (conclusion n° 9). Enfin, une indemnité de procédure devait être allouée à M. C_____.

17. Dans un courrier adressé au Procureur général le 25 juillet 2007 suite à une plainte pénale déposée le 15 juin 2007 par M. C_____ contre M. Z_____ et le Conseil d'Etat, cette autorité s'est opposée, dans la procédure pénale, à la levée du secret de fonction de M. Z_____, précisant que ce dernier avait agi comme agent de l'Etat.
18. Le 14 août 2007, le secrétariat de la médiatrice en matière de LIPAD a confirmé au tribunal l'échec de la médiation et transmis son dossier, l'intervention de la médiatrice étant terminée.
19. Le 17 août 2007, le DSPE a sollicité une prolongation du délai qui lui avait été fixé pour répondre, compte tenu de la décision qui devait être prise concernant la nouvelle affectation de M. C_____ et des conséquences que cette décision pourrait avoir sur le recours.
20. Par arrêté du 21 août 2007, le Conseil d'Etat a nommé M. C_____ officier de police dès le 1^{er} septembre 2007 vu la volonté du Conseiller d'Etat en charge du DSPE et de la cheffe de la police "de confier à l'intéressé des missions stratégiques au sein de l'état-major de police".
21. Le 5 septembre 2007, mais avec effet au 1^{er} novembre 2007, le Conseil d'Etat a nommé un nouveau chef de la PJ.
22. Le 28 septembre 2007, le DSPE a répondu en concluant au rejet du recours dans la mesure où celui-ci était recevable.

Selon l'art. 26 al. 1 LIPAD, les notes à usage personnel, les brouillons et autres textes inachevés ainsi que les procès-verbaux non encore approuvés ne constituaient pas des documents, au sens de l'art. 25 al. 4 LIPAD. C'était dans cette catégorie qu'il fallait classer les éléments du dossier tenu par M. Z_____ auquel M. C_____ voulait avoir accès. Le redressement de la PJ présentait un intérêt supérieur par rapport à l'intérêt privé du recourant, qui cherchait par ce biais à régler des comptes avec certains collègues, ce qui ne pouvait que nuire au bon fonctionnement de ce service.

De plus, M. C_____ ne pouvait invoquer la qualité de partie, n'étant plus chef de la PJ.

23. Le 2 octobre 2007, le juge délégué a écrit à M. Z_____ en sa qualité de tiers concerné contacté par la médiatrice. Il était invité à lui faire part de ses observations quant à la demande d'accès déposée devant le tribunal et à lui indiquer s'il avait tenu des procès-verbaux des auditions des personnes entendues, si celles-ci avaient signé leurs déclarations et enfin si son dossier comportait des notes personnelles. Il était prié d'indiquer si le dossier qui lui avait été remis par le DSPE, qu'il mentionnait lui-même au début de son rapport, pouvait constituer un document au sens de la LIPAD.

24. Le 30 novembre 2007, M. Z_____ a répondu à la demande du tribunal de céans.

Il avait informé toutes les personnes auditionnées du fait qu'elles n'étaient pas entendues dans le cadre d'une enquête administrative mais d'une analyse objective du fonctionnement de la direction de la PJ, enquête n'ayant pas le caractère d'une procédure disciplinaire. Ces personnes avaient été avisées également que toutes les notes qui seraient prises au cours de leurs auditions ne donneraient pas lieu à des procès-verbaux et constituaient de simples notes à usage personnel. Aucune d'entre elles n'avait en conséquence signé de déposition. Ses notes personnelles, de même que celles de la collaboratrice qui l'avait assisté, ne constituaient pas des documents au sens de l'art. 25 al. 4 LIPAD. S'agissant des autres documents qui avaient été portés à sa connaissance au cours de l'exécution de sa mission, la plupart par le truchement du DSPE, elles concernaient pour beaucoup des procédures disciplinaires dont certaines étaient encore en cours et leur communication heurterait clairement la protection de la sphère privée, au sens de l'art. 26 al. 2 let. g LIPAD.

25. Invité à se déterminer sur cette écriture, le DSPE a répondu le 5 décembre 2007 qu'il n'avait aucun commentaire à formuler.

26. La médiatrice en a fait de même le 17 décembre 2007.

27. Quant à M. C_____, il a répondu le 21 décembre 2007.

Le Tribunal administratif ne saurait se contenter des assertions de M. Z_____, sauf à violer le droit d'être entendu du recourant et à commettre un déni de justice formel. Il persistait donc dans ses conclusions préalables et la juridiction compétente devrait avoir accès aux documents dont la confidentialité était alléguée pour s'assurer que les clauses d'exclusion de la LIPAD étaient remplies. Il contestait que tel fût le cas. Enfin, la protection de la sphère privée des autres personnes interrogées ou ayant fait l'objet d'une enquête disciplinaire ne saurait lui être opposée sauf violation de ladite loi puisqu'il avait déjà été amené à connaître, dans le cadre de ses fonctions de chef de la PJ, de chacune des procédures évoquées. De plus, le rapport d'audit contenait lui-même de nombreuses références et citait la quasi-totalité des personnes étant intervenues

dans lesdites procédures. Enfin, ce rapport avait été publié sur internet sans que le recourant, qui y était nommément visé, n'ait été invité à se prononcer sur son contenu. Il n'était donc pas admissible qu'on lui oppose la sphère privée d'autres personnes, sauf à permettre à l'autorité intimée de se comporter contrairement aux règles de la bonne foi.

28. Le 4 mars 2008, le tribunal de céans a rendu un arrêt sur partie. Il a déclaré irrecevables les conclusions 3, 6 et 7 du recours précité, et mis hors de cause le Conseil d'Etat. Il a également appelé en cause M. Z_____, et imparti à ce dernier, un délai au 15 avril 2008 pour produire l'intégralité de son dossier auquel les parties n'auraient pas accès tant qu'un jugement définitif et exécutoire ne leur aurait pas accordé un tel droit (ATA/102/2008).

29. Cet arrêt a été déféré par devant le Tribunal fédéral par M. C_____, le 25 mars 2008.

Il contestait l'irrecevabilité des conclusions précitées et la mise hors de cause du Conseil d'Etat.

30. Le 4 avril 2008, M. Z_____ a également recouru contre cet arrêt.

Il estimait ne pouvoir être appelé en cause et considérait ne pas devoir transmettre son dossier au tribunal.

31. Par deux arrêts séparés datés du 12 août 2008, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de M. C_____ et déclaré irrecevable celui de M. Z_____, impartissant à ce dernier un délai au 15 septembre 2008 pour produire son dossier au Tribunal administratif (arrêt du Tribunal fédéral 1C.149/2008 du 12 août 2008).

32. Le 15 septembre 2008, M. Z_____, refusant d'obtempérer à l'arrêt du Tribunal fédéral, a sollicité du tribunal de céans un délai pour se prononcer sur les raisons pour lesquelles il s'opposait à la production de son dossier devant lui.

33. Cette demande a été refusée par le tribunal, qui a enjoint une nouvelle fois M. Z_____ à exécuter l'arrêt du Tribunal fédéral en produisant l'intégralité de son dossier, y compris ses notes personnelles.

34. Le 22 septembre 2008, M. Z_____ s'est opposé à cette production, alléguant qu'il était intervenu comme avocat dans l'établissement du rapport d'audit, soit sur la base d'un mandat de droit privé, et que les règles sur le secret professionnel l'empêchaient de s'exécuter.

35. Le 8 octobre 2008, M. C_____ a demandé l'exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral.

36. Le 15 octobre 2008, le DSPE a transmis au tribunal le dossier qu'il avait donné à M. Z_____ pour l'exécution de son mandat, ainsi que douze fourres jaunes que ce mandataire lui avait remis au terme de celui-là, contenant les documents qu'il avait reçus de la part des personnes auditionnées. Aucune note personnelle ni procès-verbaux des auditions effectuées, même non signés, n'étaient joints.

37. Interpellé sur le refus de M. Z_____ de s'exécuter, le département a déclaré adhérer à la position de son mandataire.

Il avait en effet engagé ce dernier sur la base d'un mandat de droit privé et non comme agent de l'Etat. Les règles sur le secret professionnel étaient donc pleinement applicables. Il n'existait aucun devoir pour M. Z_____, qui n'avait pas agi dans le cadre d'une enquête administrative, de rendre ses notes personnelles au département et, encore moins, de les transmettre au tribunal de céans.

38. Par arrêt sur partie du 28 avril 2009, le Tribunal administratif a tranché sur le droit d'accès au dossier de M. C_____ détenu par le département. Il a admis partiellement le recours de M. C_____ et ordonné au DSPE de remettre à ce dernier une copie de certains documents en application de la LIPAD (ATA/211/2009). Suite à cet arrêt, est seule demeurée litigieuse la question de l'accès aux notes personnelles restées en possession de M. Z_____.

39. Par décision du même jour, le Tribunal administratif a impartit à M. Z_____ un délai pour exécuter l'arrêt du Tribunal fédéral du 12 août 2008 et l'y a condamné en tant que de besoin, sous la menace des peines prévues par l'art. 292 CP (ATA/210/2009).

L'invocation par M. Z_____ du secret professionnel des avocats était tardive. Ce motif aurait dû être soulevé dans le recours en matière de droit public déposé par M. Z_____ contre l'arrêt sur partie du tribunal de céans du 4 mars 2008, considéré comme agent de l'Etat dans le cadre de sa mission et l'enjoignant de produire l'intégralité de son dossier.

40. M. Z_____ a recouru auprès du Tribunal fédéral contre ces deux actes.

Les mesures ordonnées étaient illégales et il n'avait pu se prononcer sur son appel en cause, dont il contestait le bien-fondé.

41. Par un arrêt daté du 8 juillet 2009, cette juridiction a déclaré le premier recours irrecevable et rejeté le deuxième, dans la mesure où il était recevable.

Dans la première cause, M. Z_____ ne disposait pas de la qualité pour recourir, n'étant pas destinataire de l'arrêt attaqué. Dans la deuxième, le recourant agissait prématurément ; le Tribunal administratif pouvait encore lui donner la

possibilité de s'exprimer sur son appel en cause. Il était en droit d'exiger préalablement la production des pièces demandées et de recourir à la commination pénale de l'art. 292 CP.

42. Le 4 août 2009, M. Z_____ a transmis au tribunal de céans les pièces en sa possession.

43. Le 12 novembre 2009, le juge délégué a convoqué une comparution personnelle des mandataires.

Il les a informés que le but de l'audience était d'ouvrir en leur présence l'enveloppe scellée reçue de M. Z_____ et d'inventorier son contenu.

L'avocat de M. Z_____ s'y est opposé. Il sollicitait que son mandant puisse préalablement s'exprimer sur son appel en cause, la qualification juridique de ces documents, la nature du mandat qui lui avait été confié et son secret professionnel, car il n'avait pas encore été entendu sur ces éléments.

Le DSPE a indiqué qu'il ne lèverait ni le secret professionnel ni celui de fonction de M. Z_____, à supposer que cet expert y soit tenu. La LIPAD s'opposait par ailleurs à ce que ladite enveloppe soit ouverte en présence de la partie recourante.

Pour le mandataire du recourant, l'art. 37 al. 4 LIPAD autorisait l'inventaire des pièces en présence de toutes les parties, du moment que ceux-ci n'en recevaient pas copie. Ce procédé permettait de s'assurer que M. Z_____ avait communiqué la totalité des pièces demandées. Il pouvait être répondu aux demandes de ce dernier indépendamment de l'ouverture de cette enveloppe, dans la suite de l'instruction. Les tribunaux avaient définitivement admis que M. Z_____ avait agi en qualité d'agent de l'Etat. Ce point ne pouvait en conséquence plus être remis en cause.

Sur quoi, le juge délégué a informé les parties qu'il ouvrirait l'enveloppe dans son cabinet hors la présence des mandataires. Il a remis à plus tard la question de l'octroi à M. Z_____ d'un éventuel délai pour se déterminer sur les points soulevés. Le conseil de M. Z_____ a réservé les droits de son client quant à l'ouverture préalable par le juge de cette enveloppe contenant des documents couverts, selon lui, par le secret professionnel.

44. Le 6 janvier 2010, le juge délégué, seul dans son bureau, a décacheté l'enveloppe litigieuse et pris connaissance de son contenu.

Ces documents sont constitués des notes manuscrites prises lors des entretiens que M. Z_____ a eus dans le cadre de sa mission avec les différentes personnes dont les noms figurent dans son rapport. Ils résument très

succinctement et à l'aide de mot-clés le contenu de ces entretiens, sans en donner la teneur exacte. Ils ne sont par ailleurs pas signés.

45. Le 9 février 2010, le juge délégué a accordé à M. Z_____ un délai pour se déterminer sur son appel en cause et sur le fond.

46. A la demande de l'intéressé, ce délai a été prolongé au 30 avril 2010.

Le même jour, le Tribunal administratif a interpellé le recourant pour savoir s'il souhaitait maintenir son recours bien qu'il apparût clairement que les documents restant concernés par le recours constituassent des notes manuscrites.

47. Par lettre du 26 février 2010, M. C_____ a informé le tribunal qu'il maintenait néanmoins son recours.

Les notes manuscrites en question n'étaient autres que les procès-verbaux des auditions effectuées. Ils constituaient dès lors des documents dont l'accès était autorisé (art. 25 al. 4 a contrario LIPAD).

48. Le 27 avril 2010, M. Z_____ s'est déterminé. Il conclut préalablement à sa mise hors de cause et à la restitution des documents versés à la procédure le 4 août 2009 et, à titre principal, au rejet du recours.

Il avait agi dans le cadre de son mandat comme avocat sur la base d'un mandat de droit privé. Il n'avait pas été chargé de mener une enquête administrative, mais de procéder à une analyse du fonctionnement de la police judiciaire. Dans cette fonction, il ne pouvait être considéré comme une institution au sens de la LIPAD car il n'avait pas agi en qualité de délégué d'une tâche publique. Ses relations de mandat étaient régies par le droit privé et ses notes manuscrites couvertes par le secret professionnel de l'avocat. En tant qu'intervenant privé, il ne pouvait pas être considéré comme partie ou être appelé en cause, car il n'était touché ni directement (art. 7 LPA), ni indirectement (art. 71 LPA) par la décision du DSPE de refuser au recourant l'accès aux documents détenus par cette institution. Son appel en cause violait ainsi les art. 7 et 71 LPA, ainsi que les art. 2, 25 et 37 LIPAD.

Les notes manuscrites litigieuses constituaient des données personnelles protégées par les art. 13 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), qui garantissaient à l'individu "le développement, sans ingérences extérieures, de [sa] personnalité [...] dans ses relations avec ses semblables". Ces droits fondamentaux, ainsi que la liberté économique, qui garantissait le libre exercice de l'activité lucrative privée (art. 27 Cst.), étaient violés, car les conditions permettant leur restriction n'étaient pas remplies.

Il en allait de même de l'art. 26 al. 2 LIPAD, qui s'opposait à la communication de documents couverts par le secret professionnel consacré par les art. 321 CP et 12 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA - RS 935.61).

Enfin, lesdites notes manuscrites n'étaient pas des documents au sens de la LIPAD (art. 25 al. 4 LIPAD).

49. Le 28 avril 2010, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. La LIPAD a subi des modifications le 9 octobre 2008 qui sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2010. Les modifications ne concernent pas la présente espèce, à l'exception des frais de la procédure, qui n'est plus gratuite, comme c'était le cas précédemment. En application du principe de non rétroactivité des lois, l'ancienne LIPAD (aLIPAD) sera néanmoins appliquée au cas d'espèce, la cause ayant été introduite avant l'entrée en vigueur du nouveau droit.
2. M. Z_____ conteste son appel en cause.

Selon l'art. 71 al. 1^{er} LPA, l'autorité peut ordonner, d'office ou sur requête l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure ; la décision leur devient dans ce cas opposable.

La qualité de "tiers" visé par cette disposition peut toucher quiconque, indépendamment de sa fonction, et ceci indépendamment de la qualification finalement donnée par le tribunal aux relations (de droit public ou de droit privé) existant entre les parties au litige et sans préjuger des éventuelles levées des secrets de fonction ou professionnel qui pourraient devoir être demandées dans le cadre de la procédure.

Dans le cas d'espèce, la demande d'accès déposée par M. C_____ concerne des documents dont certains se trouvent en possession de M. Z_____. La situation de ce dernier est ainsi, à l'évidence, susceptible d'être affectée par le sort de la procédure, quel que soit le droit finalement appliqué au fond et indépendamment du fait qu'il soit donné ou non raison à son argumentation.

L'appel en cause de M. Z_____ doit ainsi être confirmé.

3. M. Z_____ voit une violation de son droit d'être entendu dans le fait qu'il n'a pu contester son appel en cause avant que la décision ordonnant celui-ci ne soit prise par le tribunal de céans.

Selon l'art. 41 LPA, les parties au sens de l'art. 7 LPA, ont le droit d'être entendues par l'autorité compétente avant que ne soit prise une décision. Ce principe connaît quelques exceptions, au titre desquelles figure celle énoncée à l'art. 43 LPA, selon laquelle l'autorité n'est pas tenue d'entendre les parties avant de prendre une décision incidente qui n'est pas séparément susceptible de recours. Même si l'on ne peut dénier à M. Z_____ la qualité de partie dans la procédure de décision visant à son appel en cause, cette décision revête les qualités d'une décision incidente contre laquelle aucun recours immédiat n'est possible. En effet, comme l'a relevé le Tribunal fédéral dans son arrêt du 12 août 2008 (1C.149/2008 consid. 2) concernant la même cause, M. Z_____ n'a pas subi de préjudice irréparable du fait de cette décision.

L'intéressé ayant été entendu par le tribunal depuis lors (écritures du 27 avril 2010), son droit d'être entendu n'a pas été violé.

Ce grief sera donc rejeté.

4. L'appelé en cause considère que son droit d'être entendu a également été violé du fait qu'il n'aurait pu exposer les raisons qui s'opposaient à la transmission au juge délégué de ses notes personnelles avant d'avoir été contraint de verser ces dernières à la procédure.

Ce grief n'est pas davantage fondé. En effet, d'une part, par courrier du 30 novembre 2007, le juge délégué a invité M. Z_____ à lui faire part de ses observations quant à la demande d'accès déposée par M. C_____ devant le tribunal et à lui indiquer s'il avait tenu des procès-verbaux des auditions des personnes entendues, si celles-ci avaient signé leurs déclarations et enfin si son dossier comportait des notes personnelles. Il était prié en outre d'indiquer si le dossier qui lui avait été remis par le DSPE, qu'il mentionnait lui-même au début de son rapport, pouvait constituer un document au sens de la LIPAD. Bien qu'il n'ait pas encore formellement été appelé en cause dans la procédure, M. Z_____ a pu se prononcer sur les éléments au sujet desquels il prétend n'avoir pas été entendu. A cette occasion, il n'a pas invoqué de secret professionnel ou l'existence d'un rapport de droit privé avec le DSPE s'opposant à la consultation de ses notes personnelles. Il a allégué que celles-ci constituaient des notes personnelles au sens de l'art. 25 al. 4 LIPAD, ce qui impliquait qu'elles avaient été prises dans l'exécution d'une tâche publique et non d'un mandat de droit privé. Le fait de changer d'argumentation en cours de procédure ne crée pas de nouvelles occasions d'être entendu. Ce droit a encore pu être exercé par l'intéressé le 30 novembre 2007, le 12 novembre 2009 lors de la comparution des mandataires, puis dans sa détermination du 27 avril 2010.

En outre, comme l'a relevé le Tribunal fédéral dans l'arrêt 1C.149/2008 rendu dans la présente cause, M. Z_____ pouvait être entendu sur les raisons pour lesquelles il estimait ne pas devoir produire son dossier dans le cours

ultérieur de la procédure, soit après avoir transmis les pièces litigieuses au tribunal de céans. Cette juridiction a considéré, dans son jugement qui a aujourd'hui force de chose jugée, que cette transmission ne pouvait emporter de violation du secret professionnel - à supposer que celui-ci soit en cause - puisqu'il n'autorisait pas l'accès à un tiers (arrêt précité, consid. 2.4).

M. Z_____ ayant été entendu avant et après la décision la décision d'appel en cause, alors que la consultation par les tiers des documents litigieux était interdite, son droit d'être entendu n'a pas été violé.

5. L'applicabilité de la LIPAD est contestée.

Selon l'art. 2 al. 3 let. f aLIPAD, cette loi s'applique notamment aux personnes physiques chargées de remplir des tâches de droit public cantonal, dans les limites de l'accomplissement de ces tâches. Ces personnes entrent dans la définition de ce que l'ancienne loi regroupait sous le vocable "institutions" (art. 2 al. 1^{er} aLIPAD ; la loi distingue actuellement les "institutions publiques" des "personnes" art. 3 al. 2 let b LIPAD).

En l'espèce, M. Z_____ s'est vu confier par le Conseil d'Etat la mission d'analyser le fonctionnement de la PJ. Cette tâche doit être considérée comme relevant du droit public. En effet, dans l'accomplissement de sa tâche, M. Z_____ était tenu d'agir dans le respect des principes gouvernant le droit public. En effet, l'application des principes généraux de droit administratif s'imposaient en la circonstance, même hors de toute procédure contentieuse ou non-contentieuse. Qu'elles concernent, comme en l'espèce, la protection de la personnalité (art. 2B de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 ; LPAC - B 5 05 et 26B de la loi sur la police du 27 octobre 1957 ; LPol - F 1 05), les principes généraux du droit de la fonction publique (art. 2A LPAC), l'interdiction de discrimination (art. 2C LPAC) ou encore les droits fondamentaux (protection de la sphère privée, notamment), ces règles doivent pouvoir être garanties et leur application contrôlée par les moyens de droit public destinés à assurer leur mise en oeuvre. S'il suffisait à l'autorité de confier à des mandataires externes à l'administration des missions de droit public pour qualifier de rapports de droit privé les relations qu'elles entretiennent avec eux et se soustraire à ces garanties, ces principes seraient détournés de leur but.

M. Z_____ ne peut prétendre ainsi avoir agi en qualité d'avocat. Il est intervenu comme agent de l'Etat et était soumis, dans l'accomplissement de sa tâche, aux règles du droit public. C'est ainsi que le Conseil d'Etat l'avait d'ailleurs conçu, puisque dans un courrier adressé à Monsieur le Procureur général le 25 juillet 2007, versé à la procédure, le Conseil d'Etat a expressément indiqué que ce mandataire avait agi, dans le cadre de cette mission, comme "agent de l'Etat".

La LIPAD est en conséquence applicable.

6. M. Z_____ ayant agi dans le cadre d'un rapport de droit public, il ne peut se prévaloir des règles sur le secret professionnel des avocats.
7. L'appelé en cause voit, à titre subsidiaire, une violation du secret de fonction dans le fait que le juge a ouvert l'enveloppe contenant les documents dont l'apport a été ordonné.

Selon l'art. 9A LPAC, "les membres du personnel de la fonction publique sont soumis au secret de fonction pour toutes les informations dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions dans la mesure où la loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001, ne leur permet pas de les communiquer à autrui". Cette disposition circonscrit le secret de fonction et pose le principe selon lequel tout document qui peut être transmis au sens de la LIPAD ne relève pas de ce secret.

Aux termes de l'art. 37 al. 4 aLIPAD (actuellement 63 LIPAD), la juridiction compétente a accès aux documents concernés par le recours, y compris les données personnelles constituant l'enjeu du recours, à charge pour elle de veiller à leur absolue confidentialité et de prendre, à l'égard tant des parties à la procédure 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 un jugement définitif et exécutoire.

Cette disposition constitue une exception aux règles sur la levée du secret de fonction (art. 320 al. 2 CP et 9A al. 5 LPAC). Elle donne pour mission au juge de déterminer, en cas de litige, si les documents dont la consultation est demandée au titre de la LIPAD sont consultables ou s'ils relèvent précisément du secret de fonction. Si le juge ne pouvait prendre connaissance des documents litigieux dans le cadre de la procédure, il ne pourrait juger le cas qui lui est soumis, soit qualifier les documents en question et déterminer si des intérêts publics ou privés s'opposent, cas échéant, à leur consultation. Il y aurait en outre une incohérence manifeste dans l'obligation légale qui serait faite au juge de demander la levée du secret de fonction à l'autorité supérieure aux seules fins de déterminer si l'on se trouve précisément dans le champ d'application du secret de fonction ou dans celui des droits d'accès accordés par la LIPAD.

L'ouverture par le juge de l'enveloppe concernée a permis en l'espèce de constater la nature des notes détenues par M. Z_____ et de les qualifier, sans que la confidentialité de ces dernières n'ait été mise en danger.

Aucune violation du secret de fonction ne saurait dès lors être retenue.

8. Enfin, selon l'art. 24 aLIPAD (24 LIPAD), toute personne a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par cette loi (art. 24 al. 1 LIPAD).

9. Selon l'art. 25 aLIPAD (25 LIPAD), sont des documents tous les supports d'information détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique (al. 1). Sont notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (al. 2). En revanche, les notes à usage personnel, les brouillons ou autres textes inachevés ainsi que les procès-verbaux encore non approuvés ne constituent pas des documents (al. 4).

Les notes personnelles prises par M. Z_____ dans le cadre de sa mission constituent clairement des brouillons non achevés qui ne sont pas visés par le droit d'accès institué par la aLIPAD (art. 25 al. 4 aLIPAD ; pièces 4 et 11). Elles ne sont composées que de mots-clé et de rappels "pour mémoire" destinés à la rédaction d'un rapport final.

Elles ne sont donc pas des documents au sens de l'art. 24 al. 1^{er} aLIPAD.

10. Le recours ne portant plus que sur l'accès à ces notes, il sera rejeté.

11. La procédure étant gratuite au moment où le recourant a déposé son recours, aucun émolument ne sera perçu, ni indemnité mise à sa charge (art. 37 al. 5 aLIPAD). Concernant M. Z_____, la décision incidente du Tribunal administratif du 28 avril 2009 avait réservé le sort des frais jusqu'à droit jugé au fond. Celui-là ayant obtenu gain de cause sur le fond du litige, il lui sera alloué une indemnité de procédure de CHF 1'000.-, à la charge de l'Etat de Genève .

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 25 juillet 2007 par Monsieur C_____ contre la décision du département de la sécurité, de la police et de l'environnement du 22 juin 2007 ;

au fond :

le rejette ;

ordonne la restitution à M. Z_____ de l'enveloppe produite le 4 août 2009 dès l'entrée en force du présent arrêt ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à M. Z_____ une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à la charge de l'Etat de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Robert Assaël, avocat du recourant, au département de la sécurité, de la police et de l'environnement, à Me Christian Lüscher, avocat de l'appelé en cause, au bureau des préposées à la protection des données et à la transparence ainsi qu'au Conseil d'Etat pour information.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Dumartheray, juges,
M. Bonard, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

F. Glauser

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

