

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2900/2007-DI

ATA/102/2008

ARRÊT SUR PARTIE

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 4 mars 2008

dans la cause

M. C_____

représenté par Me Robert Assaël, avocat

contre

CONSEIL D'ÉTAT

et

DÉPARTEMENT DES INSTITUTIONS

et

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

et

M. Z_____, appelé en cause

EN FAIT

1. Le 25 août 2004, le Conseil d'Etat a nommé M. C_____ au poste de chef de la police judiciaire, avec effet au 1^{er} septembre 2004.
2. Le 30 octobre 2006, Monsieur Laurent Moutinot, président du département des institutions, a confié à M. Z_____, avocat et ancien président du Conseil d'Etat, le mandat d'analyser le fonctionnement de la direction de la police judiciaire (ci-après : PJ).

Après avoir pris connaissance du dossier que lui avait remis le département des institutions (ci-après : DI), M. Z_____ a pris contact avec Madame Monica Bonfanti, cheffe de la police, et son adjoint. Il a procédé aux auditions de M. C_____ et d'une dizaine de gradés de la police. Il a déposé son rapport le 28 février 2007, dénonçant un certain nombre de manquements de M. C_____ dans l'exercice de sa fonction.

3. Selon le dossier de la cause, le 7 mars 2007, le Conseil d'Etat aurait décidé de ne pas confirmer M. C_____ en tant que chef de la police judiciaire, de l'affecter à des tâches déterminées par la cheffe de la police et de communiquer le rapport de M. Z_____ en fonction des critères de la loi sur l'information du public et l'accès aux documents du 5 octobre 2001 (LIPAD - A 2 08).
4. Le 15 mars 2007, le journal Le Matin a publié en première page une photo de M. C_____, en titrant : "Le mauvais chef, c'est lui". Il résultait de l'article que ce journal s'était procuré l'audit précité.

Le 15 mars 2007 également, la Tribune de Genève titrait : "L'audit accable le chef de la Police judiciaire".

5. Le même jour, à 08h00, M. C_____ a rencontré M. Moutinot, qui lui a remis copie de l'audit. Ce rendez-vous avait été convenu le 12 mars 2007.

A 09h00, alors qu'il était de retour dans son bureau, M. C_____ affirme avoir été informé par M. Moutinot du fait que le 7 mars 2007, le Conseil d'Etat avait décidé de ne pas le confirmer dans ses fonctions de chef de la PJ. Une autre fonction allait lui être proposée mais il conserverait le grade de commissaire, avec la même classe de traitement et le même nombre d'annuités.

Aucune décision écrite n'a été communiquée à M. C_____.

6. 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 celui de la police.

7. Le 5 avril 2007, M. C_____, par l'intermédiaire de son conseil, a prié le président du DI 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, 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.
8. Le 16 avril 2007, le président du DI a répondu que, lors de sa séance du 7 mars 2007, le Conseil d'Etat avait pris la décision de ne pas confirmer M. C_____ dans sa fonction, sur la base du rapport de M. Z_____, ce dont l'intéressé avait été informé le 15 mars 2007. Un arrêté de fonction serait pris par le Conseil d'Etat 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'article 56B alinéa 4 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05).

Selon l'article 25 alinéa 4 LIPAD, le dossier relatif à l'audit de M. Z_____ n'était pas accessible.

Le Conseil d'Etat avait pris la décision de rendre public ce rapport en conformité des critères fixés par cette loi.

9. Par un courrier du 30 avril 2007, M. C_____ s'est plaint auprès du président du DI de la révélation inadmissible de l'audit, Le Matin en tout cas étant entré en possession de l'audit avant que celui-ci ne soit distribué à la presse, en bénéficiant d'une violation du secret de fonction. C'était donc par la presse que M. C_____ 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'article 26 alinéa 1 LIPAD.

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

10. 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.
11. Le 7 mai 2007, le président du DI 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.
12. Le 13 juin 2007, la médiatrice a informé le président du DI de l'échec de la médiation, l'auteur du rapport, en sa qualité de tiers concerné, ayant confirmé que le dossier n'était pas constitué de documents au sens de la LIPAD. Les conditions d'application de l'article 25 alinéa 4 LIPAD étaient réalisées et ce dossier n'était donc pas accessible.
13. Le 22 juin 2007, le président du DI 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 articles 7 et 41 ss LPA, 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.
14. 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 DI 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, 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. Un délai devait lui être accordé pour compléter son recours. Sur le fond, il concluait 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. 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.

Le tribunal devait enfin transmettre, cas échéant, ordonner au DI, au Conseil d'Etat et à M. Z_____, sous la menace des peines prévues par l'article 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.

Si par impossible le tribunal devait considérer que les procès-verbaux n'étaient pas encore approuvés au sens de l'article 25 alinéa 4 LIPAD, le tribunal devait soumettre, cas échéant, ordonner au DI, 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'article 292 CP. Enfin, une indemnité de procédure devait allouée à M. C_____.

15. Le 14 août 2007, le secrétariat de la médiatrice en matière de LIPAD a confirmé l'échec de la médiation et transmis son dossier, l'intervention de la médiatrice étant terminée.
16. Le 17 août 2007, le DI 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.
17. 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 DI et de la cheffe de la police "de confier à l'intéressé des missions stratégiques au sein de l'état-major de police".
18. Le 28 septembre 2007, le DI a répondu en concluant au rejet du recours dans la mesure où celui-ci était recevable.
 - a. Le 15 juin 2007, M. C_____ avait envoyé spontanément au chef du DI une détermination sur le rapport d'audit.
 - b. Le 26 juin 2007, M. C_____ avait tenu une conférence de presse pour annoncer le dépôt d'une plainte pénale. Selon les pièces produites, M. C_____ avait en effet adressé au Procureur général le 15 juin 2007 une plainte pénale pour calomnie, subsidiairement diffamation et violation du secret de fonction aux termes de laquelle il se constituait partie civile et demandait à M. Z_____ et au Conseil d'Etat, cas échéant, par voie de saisie, l'intégralité de leurs dossiers avec l'audit (P/8986/07).

Invité à se déterminer au sujet de cette plainte, le Conseil d'Etat avait répondu au Procureur général le 25 juillet 2007 en constatant que M. C_____ tentait de déplacer sur le terrain judiciaire la lutte de clans qui avait sapé la discipline de la PJ lorsqu'elle était placée sous sa direction, et de poursuivre en ces termes :

"l'honneur d'un policier, qui plus est, d'un officier de police, réside en effet dans le respect de la discipline et de la cohésion du corps et non pas dans les règlements de compte avec ses subordonnés et ses supérieurs, y compris le Conseil d'Etat.

A cet intérêt privé contestable, et en aucun cas digne de protection de M. C_____, s'oppose un intérêt public prépondérant au rétablissement de la discipline, de la cohésion et de la sérénité au sein de la PJ. La pesée des intérêts en présence ne pourra dès lors que conduire notre Conseil à refuser en tout état la levée du secret de fonction de l'ensemble des fonctionnaires cités dans la plainte, ainsi que de M. Z_____, qui a agi en l'occurrence comme agent de l'Etat.

Quant aux magistrats visés par la plainte, leur immunité s'oppose à leur mise en cause.

Nous relèverons enfin que M. C_____ cherche également, par sa plainte, à contourner les dispositions et les procédures de la LIPAD qui ont amené le DI à opposer, par une décision dûment motivée et sujette à recours, un refus à sa demande d'accès au dossier de l'audit de la direction de la PJ confié à M. Z_____".

c. Le DI a insisté sur le fait qu'à la suite du grand retentissement qu'avait eu dans le public la révélation des dysfonctionnements au sein de la PJ, la diffusion du rapport d'audit par voie de presse ou par internet était justifiée par un intérêt prépondérant, conforme à l'article 16 alinéa 3 LIPAD. Cette diffusion n'était pas susceptible de recours. Enfin, le droit de rectification dont se prévalait M. C_____ en application de l'article 35 LIPAD n'avait pas été institué en faveur des particuliers.

Selon l'article 26 alinéa 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'article 25 alinéa 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.

19. Le 5 septembre 2007, mais avec effet au 1^{er} novembre 2007, le Conseil d'Etat a nommé un nouveau chef de la PJ.
20. 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 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 DI, qu'il

mentionnait lui-même au début de son rapport, pouvait constituer un document au sens de la LIPAD.

21. Le 30 novembre 2007, M. Z_____ a répondu, comme il l'avait fait à la médiatrice, qu'il n'avait pas tenu de procès-verbaux des auditions des personnes précitées, celles-ci n'ayant pas signé de déposition. Ses notes personnelles, de même que celles de sa collaboratrice, ne constituaient pas des documents, au sens de l'article 25 alinéa 4 LIPAD. S'agissant des autres documents et dans la limite du secret auquel il était astreint en sa qualité de mandataire du DI, il avait informé toutes les personnes auditionnées, et en particulier le recourant, 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.

Son dossier comportait ses notes personnelles et celles de sa collaboratrice, notes couvertes par l'article 25 alinéa 4 LIPAD.

Quant aux autres documents qui avaient été portés à sa connaissance au cours de l'exécution de sa mission, la plupart par le truchement du DI, 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'article 26 alinéa 2 lettre g LIPAD.

22. a. Invité à se déterminer sur cette écriture, le DI a répondu le 5 décembre 2007 qu'il n'avait aucun commentaire à formuler.
- b. La médiatrice en a fait de même le 17 décembre 2007.
- c. 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 soit 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, le rapport d'audit avait été publié sur internet sans que le recourant, qui y était nommé 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.

EN DROIT

1. Interjeté auprès de la juridiction compétente le 25 juillet 2007 contre la décision du président du département des institutions, le recours est à cet égard recevable (art. 56A LOJ ; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 37 al. 1 LIPAD).
2. Sa recevabilité doit cependant être examinée car l'acte de recours vise en fait deux objets distincts : d'une part, le recours est dirigé contre la décision du président du DI du 22 juin 2007, prise suite à l'échec de la médiation, et tend à la production du dossier de M. Z_____. La décision dont est recours se borne à rejeter la demande d'accès de M. C_____ au dossier relatif au rapport du 28 février 2007 de M. Z_____ sur le fonctionnement de la police judiciaire pour les raisons susmentionnées. Elle circonscrit le litige à cette seule question.

Cet aspect du recours est recevable, en application de l'article 37 alinéa 2 LIPAD.

D'autre part, le recours est dirigé contre le Conseil d'Etat, qui n'est pas l'auteur de la décision attaquée, et contre le DI et tend à obtenir de ces autorités des informations quant à la diffusion du rapport de M. Z_____ sur internet et sur le réseau intranet de la police. Il vise enfin à faire condamner les intimés à faire publier le dispositif de l'arrêt qui sera rendu dans divers journaux et à le diffuser dans les radios et télévisions régionales. Les parties intimées ne peuvent donc qu'être le DI et la médiatrice.

3. Ces dernières conclusions constituent une action en rectification au sens des articles 35 à 38 LIPAD. Or, non seulement M. C_____ n'a pas qualité pour se réclamer d'un droit de rectification, celui-ci étant réservé, à teneur de l'article 35 alinéa 2 LIPAD, aux organes énoncés à l'article 17 alinéa 2 LIPAD, desquels sont exclus les particuliers. Or, M. C_____ recourt à titre personnel et ne peut en l'espèce prétendre agir au nom d'une institution chargée de remplir une tâche de droit public cantonal, dans les limites de l'accomplissement desdites tâches, au sens de l'article 2 alinéa 1 lettre f auquel cette dernière disposition renvoie.

En tout état, une telle action est tardive puisqu'elle a été introduite le 25 juillet 2007, soit bien au-delà du délai de 10 jours prévu par l'article 38 alinéa 2 LIPAD, voire du délai de 30 jours, à compter de la diffusion contestée, institué par l'article 36 alinéa 1^{er} LIPAD.

4. Statuant sur partie, le tribunal de céans déclarera irrecevables les conclusions prises par M. C_____ sous chiffres 3, 6 et 7 de son recours et mettra hors de cause le Conseil d'Etat, qui ne saurait être partie à la procédure LIPAD.
5. Considérant qu'en application de l'article 37 alinéa 4 LIPAD, il appartient au tribunal de céans et non au DI ou à M. Z_____ de déterminer si le dossier de celui-ci constitue un document au sens de l'article 25 de la loi, M. Z_____ sera appelé en cause en vertu de l'article 71 LPA et invité à produire son dossier, auquel les parties n'auront pas accès en l'état, tant qu'un jugement définitif et exécutoire n'aura pas accordé un tel accès (ATA/752/2004 du 28 septembre 2004).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

statuant sur partie

déclare irrecevables les conclusions prises sous chiffres 3, 6 et 7, du recours interjeté le 25 juillet 2007 par M. C_____, contre la décision du département des institutions du 22 juin 2007 ;

met hors de cause le Conseil d'Etat ;

déclare recevables les autres conclusions ;

appelle en cause M. Z_____ ;

invite M. Z_____ à produire son dossier en mains du tribunal de céans d'ici le 15 avril 2008 ;

l'y condamne en tant que de besoin ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté 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'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Me Robert Assaël, avocat du recourant, au Conseil d'Etat, au département des institutions, à Madame la médiatrice en matière d'information du public et d'accès aux documents ainsi qu'à M. Z_____.

Siégeants : M. Paychère, président, Mme Bovy, Mme Hurni, M. Thélin, juges,
M. Hottelier, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

le président :

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :