

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2459/2011-LIPAD

ATA/528/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 21 août 2012

dans la cause

Monsieur X_____

contre

**DÉPARTEMENT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE, DE LA CULTURE ET DU
SPORT**

EN FAIT

1. Le 10 octobre 2010, Monsieur X_____ a requis du Conseiller d'Etat Charles Beer un copie de l'ensemble des documents en possession de celui-ci ou du secrétariat général du département de l'instruction publique, de la culture et du sport (ci-après : DIP) relatifs aux évènements ayant entouré l'exclusion de son fils de _____ ans de l'école de A_____, sur lesquels il revenait en détails. Si aucun document n'existait, il demandait à en être informé.
2. Le 13 octobre 2010, Maître I_____ a avisé à M. X_____ avoir été consulté par le DIP au sujet de sa demande d'accès aux documents concernant son fils. Le DIP contestait sa présentation des faits et les conclusions qu'il en tirait et lui répondrait dès que lui-même aurait été en mesure de prendre connaissance du dossier et de le conseiller utilement.
3. Par courrier du 13 octobre 2010 à Me I_____, M. X_____ a pris note du fait que le DIP lui avait transmis son courrier du 10 octobre 2010. Invoquant à ce titre une violation de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD - A 2 08), il annonçait saisir la préposée cantonale à la protection des données et à la transparence (ci-après : la préposée). Il demandait à Me I_____ de ne pas utiliser ou consulter le ou les documents reçus du DIP au sujet de son fils ou de lui-même et de refuser que le DIP lui transmette d'autres documents jusqu'à ce que la préposée ait pu se prononcer.
4. Le même jour, M. X_____ a saisi la préposée d'une demande de médiation assortie de mesures urgentes. A ce titre, il demandait à la préposée de saisir auprès du DIP tous les documents faisant référence à son fils, à l'exception de ceux relatifs à l'année scolaire en cours se trouvant auprès de l'école de A_____, d'interdire au DIP de communiquer tout document à des tiers, notamment à Me I_____, d'exiger du DIP qu'il demande à ce dernier la restitution de tous les documents qui lui avaient été transmis. Au fond, il concluait principalement à ce que soit constaté que le DIP avait violé les prescriptions légales sur la protection des données, à ce qu'il lui soit fait interdiction de transmettre à des tiers, dont Me I_____, tous documents faisant référence à son fils hors ceux concernant son année scolaire en cours, et enfin la destruction de l'intégralité de tels documents, notamment par le DIP. Subsidiairement, il concluait à ce que le DIP lui remette une copie de tous les documents non encore transmis faisant référence à son fils. A l'appui de sa demande, il rappelait les faits ayant entouré l'exclusion de son fils de l'école de A_____. Les pièces concernant ces évènements, qui remontaient aux années 2___ à 2___ auraient dû être détruites. Son courrier du 10 octobre 2010, qui faisait référence à ces faits, contenait des données personnelles et des données personnelles sensibles. Aucune base légale ne permettait au DIP de

déléguer à une tierce personne de droit privé l'examen de la suite à donner à sa demande de consultation du dossier. La transmission de données personnelles à Me I_____ violait ainsi la LIPAD.

5. Par courrier du 14 octobre 2010, Me I_____ a contesté qu'un mandataire soit un tiers au sens de la LIPAD et indiqué que le DIP ne réserverait dès lors aucune suite à son courrier du 13 octobre 2010.
6. Le 18 octobre 2010, le DIP a transmis à M. X_____ une copie de l'intégralité du dossier en possession de la présidence et confirmé qu'il n'existait aucun autre document.
7. Le 20 octobre 2010, M. X_____ a adressé au DIP un courrier. Concernant le mandat confié à Me I_____, il indiquait maintenir ses réserves sur sa légalité. Pour le surplus, il accusait réception des pièces transmises, demandait confirmation du fait que l'intervention de Me I_____ était désormais totalement terminée et que ni lui, ni son étude, ne conserverait aucun document concernant son fils.
8. Le 22 octobre 2010, Me I_____ lui a répondu pour le compte du DIP. La légalité de son mandat n'était pas sujette à caution. Son intervention ne prendrait fin que lorsque M. X_____ et son épouse n'auraient plus de demandes à formuler à l'endroit du DIP et renonceraient à toutes prétentions envers l'Etat de Genève en lien avec le changement d'école de leur fils.
9. Le 3 novembre 2010, M. X_____ a demandé au DIP de lui transmettre une copie du mandat écrit octroyé à Me I_____ et de tous les documents préliminaires ayant amené le département à lui confier celui-ci.
10. Le 4 novembre 2010, Me I_____ lui a répondu pour le DIP. Le chef du département lui avait indiqué par écrit l'avoir mandaté dans ce dossier. Il n'y avait pas de notes internes relatives à ce mandat. En toute hypothèse, selon la LIPAD, M. X_____ n'aurait aucun droit d'y avoir accès.
11. Le 16 novembre 2010, agissant en son nom et celui de son fils, M. X_____ a déposé auprès de la responsable LIPAD du DIP une requête en cessation d'un traitement illicite, en suppression des effets du traitement illicite et en constatation du caractère illicite du traitement. Il concluait a) à ce que soit immédiatement mis fin à toute transmission de document mentionnant son fils ou lui-même à Me I_____, son étude et à toute personne externe au DIP, b) à ce que Me I_____ restitue, sans en garder de copie, tous les documents qui lui avaient été adressés ou à son étude, c) à ce qu'il détruise les courriels qui avaient pu lui être adressés et s'assure qu'il n'en reste aucune trace, d) à ce qu'il détruise tous autres documents et données personnelles au sujet de son fils et lui en main de son étude et enfin e) le constat du caractère illicite de la transmission à Me I_____ et son

étude de données personnelles au sujet de son fils et de lui-même. Il s'opposait expressément à ce que sa requête soit transmise à Me I_____ et son étude. En cas de refus de faire droit à son opposition, il demandait à ce qu'elle soit transmise à la préposée en application de l'art. 49 al. 4 LIPAD. Des données personnelles, voire des données personnelles sensibles, concernant son fils et lui-même avaient été transmises à Me I_____. Il s'agissait d'une tierce personne de droit privé. Cette communication n'avait pas respecté la procédure de l'art. 39 al. 9 et 10 LIPAD. Dès qu'il avait eu connaissance de la première transmission de données, il s'y était opposé. Le DIP avait persisté à transmettre des documents à Me I_____ qui avait admis les avoir consultés. Vu le désaccord existant, le DIP avait l'obligation de transmettre son opposition à la préposée, ce qui n'avait pas été fait et violait l'art. 49 al. 4 LIPAD.

12. Le 23 novembre 2010, le DIP a refusé de donner suite à cette requête. Elle apparaissait d'emblée irrecevable. Les relations entre l'Etat et ses avocats ne relevaient pas de la LIPAD, mais de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (livre cinquième : droit des obligations - CO - RS 220). Le DIP avait confié à Me I_____ le mandat de le conseiller vu les griefs formulés par M. X_____ contre le département le 10 octobre 2010 et les démarches entreprises suite à ce courrier. Il avait également reçu mandat de représenter le DIP dans le cadre d'éventuelles procédures judiciaires. En sa qualité de mandataire, Me I_____ n'était ni un tiers, ni un membre du public au sens de la LIPAD. Il n'était pas non plus un organe au sens de cette loi car aucune tâche de droit public ne lui avait été déléguée. C'était le DIP qui avait donné à M. X_____ accès aux documents en possession.
13. Le 26 novembre 2010, M. X_____ a saisi la préposée en vue de faire respecter la procédure prévue à l'art. 49 LIPAD.
14. Par téléphone du 3 décembre 2010 à la responsable LIPAD du DIP, la préposée a invité le DIP à respecter la procédure prévue par la LIPAD et à lui communiquer le dossier avec son argumentation selon laquelle cette loi ne serait pas applicable.
15. Le 22 décembre 2010, la responsable LIPAD du DIP a transmis à la préposée la requête du 16 novembre 2010 et la réponse du 23 novembre 2010, sans faire d'observations.
16. Le 9 mars 2011, une médiation a eu lieu entre les parties sous l'égide de la préposée. Cette médiation n'a pas abouti. Les parties ont requis de la préposée qu'elle rende une recommandation sur les points a) à e) de la requête, ainsi que sur le caractère exhaustif du dossier transmis à M. X_____ par le DIP. Un délai au 2 mai 2011 a été accordé au DIP pour se déterminer sur ce dernier point.

17. Le 12 mars 2011, M. X_____ a adressé un courrier au DIP en lien avec sa demande concernant le caractère exhaustif de la copie du dossier qui lui avait été transmise le 18 octobre 2010. Nonobstant le fait que le DIP avait affirmé avoir transmis l'intégralité du dossier, d'autres documents existaient qui n'y figuraient pas, ainsi qu'une lettre de M. Beer aux parents d'un autre enfant impliqué dans les événements de 2____. Il sollicitait donc que sa demande de transmission de l'entier du dossier soit satisfaite. Si le DIP estimait qu'il n'était pas en droit d'accéder à certains documents, il devait le faire savoir pour que la préposée puisse effectuer sa recommandation. Il demandait enfin des excuses du DIP en lien avec les événements de 2____.

18. Le 28 avril 2011, le DIP a adressé un courrier à la préposée. Il concluait à ce que la requête de M. X_____ du 16 novembre 2011 soit déclarée irrecevable, subsidiairement mal fondée. Il avait vérifié le caractère exhaustif des documents transmis à M. X_____ dont celui-ci avait fait la liste dans sa requête du 16 novembre 2011. Il en était ressorti que l'un des documents visé dans cette liste ne figurait pas dans le dossier du secrétariat général et de la présidence, à savoir la lettre de Z_____ à M. X_____ du _____ 2____. Par contre, un courrier de M. Beer à M. X_____ s'y trouvait, qui ne figurait pas dans la liste de ce dernier. Une copie lui en était remise par courrier séparé pour le cas où il ne s'agirait pas d'une erreur de transcription de sa part. Sous réserve de ce point, le DIP confirmait que l'intégralité des documents en possession du secrétariat général et de la présidence avait bien été transmise à M. X_____. Il existait au secrétariat général / présidence, un dossier pour chacun des enfants impliqués dans les événements de 2____, mais auxquels M. X_____ n'avait pas accès s'agissant de données personnelles relatives à des tiers. Ces dossiers ne contenaient pas de copies des pièces du dossier du fils de M. X_____. La vérification n'avait pas été étendue à l'examen des documents des services du département.

19. Le 30 mai 2011, la préposée a rendu sa recommandation. Elle invitait le DIP à rendre une décision constatant la licéité du traitement des données personnelles de M. X_____ et de son fils par son mandataire et ordonnant à celui-ci la destruction des données personnelles détenues dans le cadre du litige dès la fin de son mandat. Elle recommandait en outre au DIP de prendre à l'avenir, par le biais de directives ainsi que de clauses statutaires ou contractuelles appropriées, les mesures nécessaires pour assurer la disponibilité, l'intégrité et la confidentialité des données qu'il traitait ou faisait traiter, conformément à l'art. 37 al. 2 LIPAD. En cas de contestation au sujet de l'applicabilité de la LIPAD, les institutions saisies devaient transmettre le dossier à la préposée. Sinon, le risque existait que les demandes ne soient pas traitées par l'autorité compétente. Au fond, le mandataire n'était pas un tiers de droit privé au sens de l'art. 39 al. 9 LIPAD. Il exécutait sur délégation du DIP une tâche de droit public (défendre les intérêts de l'Etat de Genève dans le cadre du litige opposant celui-ci au requérant). Dans cette mesure, il était soumis à la LIPAD à l'instar du DIP et légitimé à traiter des

données personnelles au nom et pour le compte de l'institution, dans le respect des règles de la LIPAD. L'exigence de l'aspect reconnaissable de la collecte de données selon l'art. 38 LIPAD avait été respectée car le mandataire avait informé M. X_____ du traitement qu'il effectuait de ses données personnelles. Le traitement du dossier de M. X_____ comprenant des données sensibles, la question se posait de savoir si le DIP n'aurait pas dû prendre des dispositions particulières à l'égard du sous-traitant. La formalisation écrite du mandat confié, mentionnant notamment son ampleur et sa portée, aurait permis de définir précisément les garanties de sécurité attendue du sous-traitant et aurait en outre permis de déterminer la durée du mandat et d'ordonner cas échéant la destruction à temps de toutes les données. Afin de garantir la parfaite conformité du traitement des données sensibles à la LIPAD, la préposée suggérait pour l'avenir une procédure spécifique qui pourrait utilement prévoir par exemple qu'il n'y ait pas de transfert de données sensibles à l'extérieur de l'espace sécurisé du DIP et que le sous-traitant soit requis de consulter sur place le dossier.

20. Le 9 juin 2011, le DIP a rendu sa décision. Il a constaté la licéité du traitement des données personnelles et des données personnelles sensibles de M. X_____ et de son fils. Il a par ailleurs invité son mandataire à lui restituer le dossier en sa possession en vue de sa destruction dès la fin de son mandat. Cette décision a été notifiée à M. X_____ le 16 juin 2011.

21. Le 16 août 2011, M. X_____ a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre cette décision. Outre son annulation, il demandait que soit constaté le caractère illicite et contraire aux droits fondamentaux de la transmission à Me I_____ et à son étude de données personnelles et sensibles au sujet de son fils et lui-même, que soit fait interdiction au DIP de transmettre à Me I_____ et à toute autre personne externe au DIP tout document mentionnant ou se référant d'une manière ou d'une autre à son fils ou à lui-même, que le DIP soit condamné à obtenir de Me I_____ la restitution, sans que ce dernier en garde copie, de tous documents que le DIP lui avait adressés mentionnant ou se référant d'une manière ou d'une autre à son fils ou à lui-même, que le DIP soit condamné à obtenir de Me I_____ la destruction irrémédiable de tous les emails que le DIP pourrait lui avoir envoyés et qu'il s'assure qu'il n'en reste pas de trace, que le DIP soit condamné à obtenir de Me I_____ la destruction de tous les autres documents et données personnelles en sa possession mentionnant ou se référant d'une manière ou d'une autre à son fils ou à lui-même et que le DIP s'assure qu'il n'en reste aucune trace auprès de l'étude de Me I_____, que soit dit que le DIP a commis un déni de justice en ne statuant pas complètement sur sa demande d'accès aux documents, que le DIP soit condamné à lui donner accès à l'intégralité des documents en possession de son secrétariat général ou de sa présidence dans la mesure où ils mentionnent son fils ou lui-même ou s'y réfèrent d'une manière ou d'une autre, sont en relation directe ou indirecte avec les événements de l'année scolaire 2___/___ à l'école de A_____,

se réfèrent aux déclarations du président du DIP ou de collaborateurs du DIP en relation avec ces évènements, que le DIP soit condamné à transmettre pour recommandation à la préposée ces documents s'il entend lui en refuser l'accès et que soit constaté que le DIP a violé la LIPAD en ne transmettant pas à la préposée les documents auxquels il ne lui a pas donné accès.

La transmission de données personnelles et personnelles sensibles concernant son fils et lui-même violait la LIPAD et son droit fondamental au respect de sa vie privée et familiale et de la correspondance. Cette violation était intervenue sans base légale, sans aucun intérêt public et de manière totalement disproportionnée. Le DIP avait estimé que Me I_____ n'avait pas été mandaté pour accomplir une tâche de droit public et de ce fait n'était pas soumis à la LIPAD. La préposée avait quant à elle considéré qu'il avait exécuté, sur délégation du DIP, une tâche de droit public (défendre les intérêts de l'Etat de Genève dans le cadre du litige opposant celui-ci au requérant). Lorsque le DIP avait transmis à Me I_____ son dossier, il n'y avait cependant aucun litige entre lui-même et l'Etat de Genève. Par ailleurs il n'existait aucune base légale permettant au DIP de déléguer une tâche publique de conseil en matière de LIPAD. Si la responsable LIPAD du DIP avait un doute sur l'application de cette loi, elle aurait dû s'adresser à la préposée et non à un tiers. La mission confiée à Me I_____ ne relevait pas du droit public. La préposée qui était d'avis contraire avait fondé sa recommandation sur une jurisprudence concernant un cas de figure différent où le Conseil d'Etat avait indiqué que le tiers agissait comme agent de l'Etat. Me I_____ n'avait pas reçu de mandat écrit défini du DIP, lequel avait précisé qu'il n'avait pas exécuté une tâche de droit public. Il n'était pas non plus un organe au sens de la LIPAD, ce que le DIP admettait expressément. Il était donc bien un tiers privé au sens de l'art. 39 al. 9 LIPAD. S'il fallait admettre que Me I_____ avait été investi d'une tâche de droit public, il n'aurait pas pu recevoir des données personnelles et personnelles sensibles concernant son fils et lui-même faute de réalisation des conditions de l'art. 39 al. 1 let. b LIPAD, lequel renvoie aux art. 35 à 38 LIPAD. Les conditions de l'art. 35 al. 2 LIPAD n'étaient pas remplies. Le consentement de la personne concernée faisait défaut et aucune loi ne définissait clairement la tâche considérée de Me I_____. L'Etat était parfaitement équipé pour donner lui-même suite à sa demande de consultation de documents. Aucun intérêt public ne commandait de communiquer à Me I_____ des données personnelles et personnelles sensibles. Le principe de la proportionnalité n'avait pas été pris en compte. Le dossier avait été transmis en vrac, sans mandat défini et sans but réel. Le DIP aurait à tout le moins dû caviarder les noms et prénoms de son fils, sa femme et lui des documents transmis. Le DIP aurait également pu prévoir que Me I_____ consulte le dossier sur place dans un espace sécurisé.

S'agissant de l'accès aux documents, le DIP avait commis un déni de justice en refusant de transmettre à la préposée des documents que son secrétariat général

n'acceptait pas de lui communiquer et ne rendant pas une décision sur le refus d'accès à ces documents.

22. Le 31 octobre 2011, le DIP a déposé ses observations sur le recours. Il a conclu à son rejet dans la mesure de sa recevabilité. La LIPAD n'avait pas pour but de permettre au citoyen de faire obstacle à l'activité normale de l'Etat dans sa gestion quotidienne de ses dossiers. L'Etat pouvait conclure des contrats régis par le CO avec des tiers et ainsi faire appel à des mandataires pour être conseillé dans le suivi d'un dossier. Le DIP avait mandaté Me I_____ pour le conseiller en relation avec les griefs formulés par M. X_____ dans son courrier du 10 octobre 2010, les démarches entreprises suite à celui-ci et d'éventuelles procédures judiciaires. Le conseil du DIP n'était donc pas un tiers ou un membre du public au sens de la LIPAD. Il n'était pas non plus une institution publique car aucune tâche de droit public ne lui avait été déléguée. La LIPAD ne s'appliquait donc pas au rapport du DIP avec son mandataire. Si tel devait être le cas, il n'y avait pas eu de communication au sens de l'art. 39 LIPAD et Me I_____ n'était pas un tiers au sens de cette disposition. Le mandataire se confondait avec le mandant et les actes et connaissance du mandataires lui étaient imputables. S'il fallait admettre une dichotomie, la transmission du dossier reposait sur le CO qui prévoit que le mandant fournit à son mandataire les pièces et informations requises pour l'exécution du mandat, l'ensemble de ces éléments étant restitués au terme du mandat. Elle reposait également sur l'art. 4 de la loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (LPAv - E 6 10).

Au demeurant, la préposée avait constaté que la transmission du dossier n'avait pas constitué un traitement illicite de données. La décision rendue par le DIP le 9 juin 2011 assurait pleinement la protection des droits de M. X_____ puisqu'elle prévoyait la restitution du dossier au DIP en vue de sa destruction dès la fin du mandat. Au surplus, le mandataire était soumis au secret professionnel de l'avocat. Enfin, il n'y avait pas eu de déni de justice concernant l'accès aux documents. M. X_____ ne demandait aucun accès au dossier dans sa requête du 16 novembre 2010. Les recommandations de la préposée ne portaient donc pas sur cet objet. Au demeurant, M. X_____ s'était vu remettre tous les documents auxquels il pouvait prétendre sur la base de la LIPAD et le caractère complet du dossier avait été vérifié sous l'égide de la préposée même s'il ne s'agissait pas de l'objet de la requête qui lui avait été soumise.

23. Le 15 novembre 2011, M. X_____ a fait des observations sur la réponse. Il a persisté dans ses conclusions. Il a contesté n'avoir pas questionné le caractère incomplet du dossier qui lui avait été transmis dans le cadre de sa requête LIPAD du 16 novembre 2010. Si l'Etat pouvait communiquer des données à des tiers non soumis à la LIPAD, cela reviendrait à vider celle-ci de son sens. Le mandataire ne faisait pas partie de l'administration, ni ne se confondait avec l'institution

publique qu'il représentait. Ni le CO, ni la LPAv ne permettaient la communication de données personnelles.

24. Le 21 novembre 2011, les observations de M. X_____ ont été communiquées au DIP.
25. Le 7 décembre 2011, Me I_____ a informé la chambre administrative que le DIP ne souhaitait pas dupliquer et que pour sa part, il mettait un terme à son activité d'avocat à la fin de l'année. Il restituait dès lors au DIP l'intégralité du dossier qui lui avait été remis. La cause n'en était pas pour autant devenue sans objet.
26. Le 21 décembre 2011, M. X_____ a indiqué persister dans son recours, la restitution du dossier par Me I_____ ne signifiant pas qu'il n'ait conservé aucune donnée personnelle concernant son fils ou lui-même, notamment.
27. Le 22 décembre 2011, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours de M. X_____ est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 – LOJ – E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA – E 5 10).
2. a. A teneur de l'art. 60 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, sont titulaires de la qualité pour recourir (ATA/371/2012 du 12 juin 2012 ; ATA/281/2012 du 8 mai 2012 ; ATA/77/2009 du 17 février 2009 et les références citées).
- b. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 138 II 42 consid. 1 p. 44 ; 137 I 23 consid. 1.3 p. 24-25 ; 135 I 79 consid. 1 p. 82 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C_892/2011 du 17 mars 2012 consid. 1.2 ; 2C_811/2011 du 5 janvier 2012 consid. 1 ; ATA/245/2012 du 24 avril 2012 ; P. MOOR/E. POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, p. 748 n. 5.7.2.3 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 449, n. 1367). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours (ATF 137 I 296 consid. 4.2 p. 299 ; 136 II 101 consid. 1.1 p. 103 ; s'il s'éteint pendant la procédure, le recours, devenu sans objet, doit être simplement radié du rôle (ATF 125 V 373 consid. 1 p. 374 ; 118 Ia 488 consid. 1a p. 490 ; 118 Ib 1 consid. 2

p. 7 ; Arrêts du Tribunal fédéral 8C_194/2011 du 8 février 2012 consid. 2.2 ; 1C_76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; ATA/371/2012 du 12 juin 2012 ; ATA/195/2007 du 24 avril 2007 consid. 3 et 4 ; ATA/175/2007 du 17 avril 2007 consid. 2a ; ATA/915/2004 du 23 novembre 2004 consid. 2b) ou déclaré irrecevable (ATF 123 II 285 consid. 4 p. 286 et ss. ; 118 Ia 46 consid. 3c p. 53 ; Arrêts du Tribunal fédéral 8C_696/2011 du 2 mai 2012 consid. 5.1 ; 8C_194/2011 du 8 février 2012 consid. 2.2 ; ATA/192/2009 du 21 avril 2009 ; ATA/195/2007 du 24 avril 2007 ; ATA/640/2005 du 27 septembre 2005).

La condition de l'intérêt actuel fait notamment défaut lorsque la décision attaquée a été exécutée et a sorti tous ses effets (ATF 125 I 394 consid. 4 p. 396-398 ; 120 Ia 165 consid. 1a p. 166 et les références citées ; ATA/371/2012 du 12 juin 2012 ; ATA/328/2009 du 30 juin 2009 consid. 3 ; ATA/192/2009 du 21 avril 2009).

c. Il est renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque cette condition fait obstacle au contrôle de légalité d'un acte qui pourrait se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables, et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi toujours à la censure de l'autorité de recours (ATF 136 II 101 consid. 1.1 p. 103 ; 135 I 79 consid. 1 p. 82 ; 131 II 361 consid. 1.2 p. 365 ; 129 I 113 consid. 1.7 p. 119 ; 128 II 34 consid. 1b p. 36 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C_9/2012 du 7 mai 2012 ; 2C_825/2011 du 25 avril 2012 ; 6B_34/2009 du 20 avril 2009 consid. 3 ; ATA/371/2012 du 12 juin 2012 ; ATA/224/2012 du 17 avril 2012 ; ATA/365/2009 du 28 juillet 2009 ; ATA/351/2009 du 28 juillet 2009 ; ATA/146/2009 du 24 mars 2009 consid. 3).

En l'espèce, depuis le dépôt du recours, le mandataire du DIP a cessé d'occuper et restitué à celui-ci le dossier qui lui avait été remis en vue de l'exécution de son mandat. Sur ce point, les conclusions du recourant sont ainsi devenues sans objet. Le recourant a toutefois également conclu au constat du caractère illicite de la transmission par le DIP à son mandataire des documents concernant son fils ou lui-même et liés aux événements de l'année scolaire 2___/2___ à l'école de A_____, au constat d'un déni de justice du DIP au sujet de sa demande d'accès à ces documents et à ce que le DIP soit condamné à lui laisser accéder à l'intégralité de ces documents. Ces conclusions n'ont pas vu leur objet épuisé par la simple restitution par le mandataire des documents qui lui avaient été remis par son mandant. Le recourant conserve dès lors un intérêt actuel à ce qu'elles soient tranchées par l'autorité de recours.

3. a. La LIPAD a notamment pour but de protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant (cf. art. 1 al. 2 let. b LIPAD). Cette loi, en vigueur depuis 2001, a été modifiée en 2008, 2010 et 2011. En 2006 en particulier, un projet de loi cantonale sur la protection des données (P-LPDP - PL 9870) a été élaboré, qui a par la suite été fondu dans la LIPAD.

b. Conformément à son art. 3 al. 1 let. a, la LIPAD s'applique aux institutions publiques, dont le pouvoir exécutif cantonal et son administration. Elle s'applique également selon l'al. 2 let. b aux personnes physiques ou morales et organismes chargés de remplir des tâches de droit public cantonal ou communal, dans les limites de l'accomplissement desdites tâches. Cette disposition a une teneur identique à l'art. 3 al. 1 let. e P-LPDP. Selon le commentaire article par article de ce projet de loi, il n'apparaît pas opportun de définir dans la loi ce qu'est « une tâche de droit public cantonal ou communal », cette notion étant extrêmement vaste. Il suffit de se souvenir qu'une entité n'accomplit pas une mission de service public au seul motif qu'elle est soumise au pouvoir de surveillance étatique. Le but de cette disposition est de « couvrir » toutes les entités chargées d'accomplir des tâches de droit public, y compris par le biais d'une délégation de compétence ou d'un contrat de droit administratif, voire d'un rapport contractuel de droit privé (cf. commentaire article par article du PL 9870 de 2006, p. 42).

c. Selon l'art. 3 al. 4 LIPAD, le traitement de données personnelles par une personne physique et morale de droit privé n'est pas soumis à la LIPAD. Le droit fédéral – ainsi la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 – LPD – RS 235.1) - est en effet réservé (cf. art. 3 al. 5 LIPAD). Ainsi, comme la LPD s'applique de plein droit aux personnes privées, celles-ci ne peuvent, en sus, se voir imposer des règles destinées aux institutions publiques cantonales, sauf si elles sont chargées de remplir des tâches de droit public (cf. commentaire article par article du PL 9870 de 2006, p. 41).

d. Selon l'art. 4 let. a et b LIPAD on entend par données personnelles (ou données), toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable et par données personnelles sensibles, les données personnelles sur les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques, syndicales ou culturelles, la santé, la sphère intime ou l'appartenance ethnique, des mesures d'aide sociale, des poursuites ou sanctions pénales ou administratives.

e. Le traitement de données personnelles est toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données (cf. art. 4 let. e LIPAD).

4. L'art. 39 LIPAD règle les questions relatives à la communication des données personnelles. Conformément à son alinéa 9, la communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible, alternativement, que si a) une loi ou un règlement le prévoit explicitement ou b) un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose. Selon l'alinéa 10 de ce même article, dans les cas visés à l'alinéa 9, let. b, l'organe requis est tenu de consulter les personnes concernées avant toute communication, à moins que cela

n'implique un travail disproportionné. A défaut d'avoir pu recueillir cette détermination, ou en cas d'opposition d'une personne consultée, l'organe requis sollicite le préavis du préposé cantonal. La communication peut être assortie de charges et conditions, notamment pour garantir un niveau de protection adéquat des données.

5. a. Selon l'art. 44 LIPAD, toute personne physique ou morale de droit privé justifiant de son identité peut demander par écrit à la personne responsable si des données la concernant sont traitées par des organes placés sous leur responsabilité. Sous réserve de l'art. 46, le responsable doit lui communiquer toutes les données la concernant contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données et, sur demande, les informations relatives au fichier considéré contenues dans le catalogue des fichiers.
 - b. Conformément à l'art. 46 al. 1 LIPAD, l'accès aux données personnelles ne peut être refusé que si un intérêt public ou privé prépondérant le justifie, en particulier lorsque : il rendrait inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives ; la protection de données personnelles sensibles de tiers l'exige impérativement ; le droit fédéral ou une loi cantonale le prévoit expressément. 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 (art. 46 al. 2 LIPAD).
 - c. Selon l'art. 49 al. 1 LIPAD, toute requête fondée sur l'art. 44 doit être adressée par écrit au responsable en charge de la surveillance de l'organe dont relève le traitement considéré. Conformément à l'al. 2, le responsable saisi traite la requête avec célérité. S'il y a lieu, il la transmet au responsable compétent. Selon l'al. 3, s'il fait intégralement droit aux prétentions du requérant, il l'en informe. Par contre, selon l'al. 4, s'il n'entend pas y faire intégralement droit ou en cas de doute sur le bien-fondé de celles-ci, il transmet la requête au préposé cantonal avec ses observations et les pièces utiles.
6. Le 29 décembre 2011, est entré en vigueur le règlement d'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (RIPAD - A 2 08.01). Il prévoit en son article 2 al. 1 let. b qu'il s'applique aux personnes physiques et morales de droit privé au sens de l'art. 3 al. 2 de la loi dans la seule mesure où elles remplissent les conditions légales et où leurs actes relèvent du titre II de la loi (information du public et accès aux documents). Par ailleurs, selon l'art. 14 RIPAD, ne constitue pas une communication à un tiers de droit privé au sens de l'article 39 al. 9 de la loi la transmission d'informations à un mandataire, à un prestataire de service lié à une institution par un contrat de droit privé ou public ou à un représentant autorisé.
7. a. Lié au principe de la prévisibilité du droit, qui interdit à l'administration de prendre des mesures défavorables aux administrés en vertu de règles dont ils ne

pouvaient attendre l'adoption (ATF 122 V 405 consid. 3.b) ; A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, p. 636 ; A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, p. 148), le principe de la non-rétroactivité fait obstacle à l'application d'une norme à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur (ATF 122 V 405 consid. 3.b ; 122 II 124 consid. 3 b/dd). Sous certaines conditions, il est cependant possible de déroger au principe de la non-rétroactivité : il faut que la rétroactivité soit expressément prévue par la loi, qu'elle soit raisonnablement limitée dans le temps, qu'elle ne conduise pas à des inégalités choquantes, qu'elle se justifie par des motifs pertinents, c'est-à-dire qu'elle réponde à un intérêt public plus digne que les intérêts privés en jeu et, enfin, qu'elle respecte les droits acquis (ATF 120 V 329 consid. 8 b ; P. MOOR, Droit administratif, vol. I, p. 178 s). En revanche, il n'y a pas de rétroactivité proprement dite si la nouvelle règle s'applique à un état de choses durable, non entièrement révolu dans le temps ; il s'agit alors d'une rétroactivité improprement dite, qui est en principe admise si elle ne porte pas atteinte à des droits acquis (ATF 123 V 133 consid. 2 b ; ATF 122 V 8 consid. 3 a ; ATF 121 V 97 consid. 1 a ; Arrêt du Tribunal fédéral 1A.113/2002 du 14 mars 2003, consid. 3.1). Contrairement à une situation de rétroactivité proprement dite, le nouveau régime « n'attache aucune conséquence juridique à ce qui s'est passé avant son entrée en vigueur, il ne s'applique qu'aux faits qui, dérivant de la situation, se produisent postérieurement » (P. MOOR, *op. cit.*, p. 173).

b. En l'espèce, le RIPAD est entré en vigueur après la communication litigieuse, qui date du mois d'octobre 2010. Ce règlement n'a pas d'effet rétroactif. Il n'est donc pas applicable aux faits de la présente cause.

8. a. M. X_____ se plaint de la transmission par le DIP à Me I_____ de données personnelles et sensibles concernant son fils et lui-même. Le DIP étant une institution cantonale publique, il est soumis à la LIPAD (art. 3 al. 1 let. a LIPAD). A ce titre, il doit respecter les exigences de cette loi, qui ont pour but de garantir les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant. Celles-ci concernent notamment la sécurité des données au sens de l'art. 38 et les restrictions à la communication de données au sens de l'art. 39.

b. La question se pose de savoir si le mandataire externe d'une institution cantonale publique est également soumis à la LIPAD. C'est la nature juridique de l'activité qui est confiée au mandataire externe et occasionne le traitement de données qui constitue le critère déterminant selon l'art. 3 al. 2 let. b LIPAD (cf. commentaire article par article du PL 9870 de 2006, p. 42). Si la tâche doit être considérée comme relevant du droit public, la personne sera qualifiée d'organe public au sens de l'art. 3 al. 2 let. b LIPAD et soumise aux exigences de cette loi. S'il suffisait en effet 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 ses garanties, ces principes seraient détournés de leur but (ATA/383/2010 du 8 juin 2010).

c. En l'espèce, à teneur de sa lettre du 13 octobre 2010, Me I_____ a été consulté par le DIP au sujet de la demande de M. X_____ de pouvoir accéder aux documents concernant son fils et aux conclusions qu'il en tirait. Me I_____ a indiqué à M. X_____ que le DIP répondrait à sa demande dès que lui-même aurait été en mesure de prendre connaissance du dossier et de conseiller utilement son client. Lorsque le DIP a transmis à Me I_____ les données personnelles et sensibles litigieuses, il n'existait ainsi aucun contentieux entre les parties. La tâche confiée par le DIP à l'avocat consistait uniquement à donner son avis de droit sur le bien-fondé de la requête de M. X_____ visant l'accès aux données concernant son fils et lui, au sens des art. 44 ss LIPAD. Cette tâche, bien qu'elle ait été fondée sur un contrat de droit privé au sens du CO, était matériellement une tâche relevant du droit public. Elle rentrait d'ailleurs dans le cadre de celles ordinairement effectuées par les juristes du département, que par opportunité le DIP a en l'espèce fait le choix de confier à un mandataire externe. Pour l'exécuter et donner son avis, le mandataire externe a dû appliquer les principes généraux du droit administratif et en particulier procéder à la pesée des intérêts et à l'application du principe de la proportionnalité commandées par l'art. 46 LIPAD. Il en résulte que lorsque les données litigieuses lui ont été transmises, l'avocat était soumis à la LIPAD conformément à l'art. 2 al. 2 let. b.

Cette transmission respectait les conditions de l'art. 39 al. 1 LIPAD, applicable par analogie à la personne physique ou morale chargée de remplir des tâches de droit public cantonal ou communal au sens de l'art. 2 al. 2 let. b LIPAD. Pour donner son avis de droit fondé sur l'art. 44 LIPAD, le mandataire externe devait en effet prendre connaissance des données litigieuses auxquelles M. X_____ demandait à accéder (art. 35 al. 1 et 2 LIPAD). La transmission de données personnelles et personnelles sensibles qui a été faite dans ce cadre était ainsi légale. Elle répondait par ailleurs à un intérêt public, l'application conforme de la LIPAD et de son art. 44 en particulier. La communication de l'ensemble des données litigieuses au mandataire externe était apte et nécessaire à lui permettre de procéder à la pesée des intérêts requise par l'art. 46 LIPAD. Cette communication a été faite à un avocat, soit à une personne soumise au secret professionnel au sens de l'art. 321 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) et dont les membres de l'étude le sont également, soit dans le respect des exigences de l'art. 37 LIPAD relatives à la sécurité des données. La transmission à Me I_____ des données personnelles et personnelles sensibles du recourant et de son fils était ainsi licite. Le recours, en tant qu'il demande le constat de l'illicéité de cette transmission à Me I_____ et l'interdiction de toute transmission de données à celui-ci, devra ainsi être rejeté.

Devront également être rejetées comme infondées, respectivement sans plus d'objet, toutes les conclusions du recourant qui concernent la restitution des données transmises par le DIP à Me I_____ concernant son fils et lui et la destruction de documents contenant de telles données. A la fin de l'année 2011, Me I_____ a en effet indiqué avoir restitué au DIP l'intégralité du dossier qui lui avait été remis et le requérant ne rend pas vraisemblable les motifs pour lesquels il en aurait conservé des copies.

9. a. Le recourant se plaint ensuite d'un déni de justice au motif que le DIP n'aurait pas statué complètement sur sa demande d'accès aux documents. Le DIP avait affirmé avoir transmis l'intégralité du dossier. D'autres documents existaient qui n'y figuraient pas, ainsi qu'une lettre de M. Beer aux parents d'un autre enfant impliqué dans les événements de 2____. De son côté, le DIP considère que dans sa requête LIPAD du 16 novembre 2010, M. X_____ ne demandait aucun accès au dossier de sorte qu'il n'y avait pas eu de déni de justice. Au demeurant, le recourant avait eu accès à tous les documents auxquels il pouvait prétendre sur la base de la LIPAD.
- b. Conformément à l'art. 4 al. 4 LPA, lorsqu'une autorité mise en demeure refuse sans droit de statuer ou tarde à se prononcer, son silence est assimilé à une décision. Par ailleurs, selon l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Ainsi, toute personne qui sollicite une décision a le droit, sinon d'obtenir que sa demande soit effectivement satisfaite, à tout le moins qu'elle soit honorée d'une réponse par laquelle l'autorité explique et justifie sa position (A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, *op. cit.*, p. 573). La décision doit, de plus, intervenir dans un délai raisonnable. Celui-ci s'apprécie dans chaque cas suivant les circonstances de la cause (ATA/42/2007 du 30 janvier 2007 ; A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, *op. cit.*, p. 573 ; A. GRISEL, *op. cit.*, p. 370), en particulier en fonction de la complexité de la procédure, du temps qu'exige son instruction, du comportement de l'intéressé et des autorités, ainsi que de l'urgence de l'affaire (J.-F. AUBERT/P. MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich-Bâle-Genève 2003*, p. 265 s).
- c. En l'espèce, il est vrai que la requête LIPAD du 16 novembre 2010 ne contient aucune conclusion concernant l'accès aux données personnelles. La recommandation de la préposée ne porte ainsi pas sur ce point. Il en va corollairement de même de la décision attaquée. La question du caractère exhaustif du dossier transmis à M. X_____ a cependant été discutée en médiation. Le 13 octobre 2010, le recourant avait en effet adressé une demande en ce sens à la préposée. Suite à la médiation du 9 mars 2011, les parties sollicitant que la recommandation de la préposée porte également sur le caractère exhaustif

du dossier, le DIP a été invité par cette dernière à se déterminer à ce sujet. Le 28 avril 2011, il a répondu que l'intégralité des documents en possession du secrétariat général et de la présidence avait bien été transmise à M. X_____, avec la précision qu'il existait un dossier pour chacun des enfants impliqués dans les événements de 2____, mais auxquels M. X_____ n'avait pas accès s'agissant de données personnelles relatives à des tiers. Ces dossiers ne contenaient pas de copies des pièces du dossier du fils de M. X_____. Il résulte de ce qui précède qu'il n'y a pas eu de déni de justice. Bien que M. X_____ n'ait pas pris de conclusions formelles concernant sa demande d'accès aux documents, le DIP a en effet répondu à sa demande et à ses interrogations au sujet du caractère exhaustif des pièces qui lui ont été transmises. Le fait que le dossier du fils de M. X_____ ne comprenne pas la lettre du DIP aux parents d'un autre enfant impliqué dans les événements de 2____ ne veut pas dire que M. X_____ n'aurait pas eu accès à tous les documents concernant son fils. Cela signifie uniquement, ainsi que le DIP l'a indiqué, qu'il existe un dossier par enfant, ce que la protection de leurs données personnelles et données personnelles sensibles impose (cf. notamment art. 37 LIPAD).

10. Mal fondé, le recours sera rejeté.
11. Un émoulement de CHF 1'500.- sera mis à la charge de M. X_____. Il ne lui sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

Rejette, dans la mesure où il est recevable, le recours interjeté le 16 août 2011 par Monsieur X_____ contre la décision du département de l'instruction publique, de la culture et du sport du 9 juin 2011 ;

met à la charge de Monsieur X_____ un émoulement de CHF 1'500.- ;

dit qu'il ne lui est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss 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'art. 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 Monsieur X_____, au département de l'instruction publique, de la culture et du sport et au bureau de la Préposée cantonale à la protection des données et à la transparence.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges,
Mme Chirazi, juge suppléante.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

J. Dentella Giaouque

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :