RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4333/2021-LIPAD **ATA/488/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 10 mai 2022

dans la cause

Mme A_____ et M. B_____

contre

SERVICE DE PROTECTION DES MINEURS

EN FAIT

1) Mme A_____ et M. B_____ ont accueilli à plein temps dans leur foyer dès le mois de mars 2018, l'enfant C_____, née le _____ 2016, en leur qualité de famille d'accueil.

2) Par un courrier non daté reçu le 20 juillet 2021 par le service de protection des mineurs (ci-après : SPMi), Mme A_____ et M. B_____ ont demandé à ce dernier de leur communiquer immédiatement copie de toutes les données les concernant qui étaient contenues dans tout fichier, document, courriel, note les mentionnant directement ou faisant référence à eux, y compris les informations disponibles sur l'origine de ces données.

La demande était fondée sur l'art. 8 de la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD - RS 235.1). Devaient en particulier être passés en revue tous courriels ou notes échangés par Mmes D_____ ou E_____, employées du SPMi et tutrices de l'enfant, tous échanges entre le SPMi et son homologue vaudois les concernant et toute correspondance reçue des parents de l'enfant ou leurs représentants les concernant.

3) Le 5 août 2021, le SPMi a répondu que la consultation sollicitée s'opposait nettement à des intérêts privés et publics prépondérants et qu'il ne pouvait partant y être donné suite.

4) Le 18 août 2021, Mme A_____ et M. B_____ ont requis le SPMi de rendre une décision formelle.

Celui-ci aurait dû solliciter le préavis de spécialistes en matière de protection des données.

Ils étaient disposés à venir consulter les données auxquelles ils réclamaient l'accès ou à les recevoir en copie, au besoin caviardées dans la mesure nécessaire à la protection de données de tiers, sans frais supplémentaires.

Une copie du courrier était adressée au préposé à la protection des données (ci-après : le préposé).

5) Le 24 août 2021, le SPMi a confirmé qu'il lui était impossible de répondre favorablement à la requête.

Les données personnelles de Mme A_____ et M. B_____ étaient indissolublement liées à des données personnelles sensibles de tiers dont la protection imposait un refus d'accès.

Faire droit à la demande rendrait en outre inopérantes les restrictions au droit d'accès prévues par les lois régissant les procédures judiciaires et administratives, notamment en ce qui concernait la procédure devant le TPAE.

S'ils souhaitaient maintenir leur requête, ils devaient s'adresser au préposé ou au bureau de médiation administrative.

6) Le 18 août 2021, Mme A_____ et M. B_____ ont sollicité le préavis et l'intervention du préposé.

L'enfant leur avait été retirée à la mi-juillet 2021 par surprise, sur mesures superprovisionnelles, sans qu'ils soient entendus ni ne puissent avoir de contact avec elle, sur la base d'un préavis du SPMi contenant des appréciations négatives et incorrectes à leur sujet. Les curatrices de l'enfant leur avaient fait clairement comprendre qu'elles allaient éloigner l'enfant d'eux car ils étaient sortis de leur rôle en critiquant le SPMi.

Depuis lors, de nombreuses anomalies factuelles étaient intervenues les concernant. Des données incompréhensibles et fausses étaient ressorties dans plusieurs décisions judiciaires et expertises, ce qui constituait un indice fort que le SPMi conservait des données et appréciations erronées à leur sujet sur ses supports physiques et électroniques. Il était important qu'ils puissent y avoir accès pour apporter les remèdes légaux nécessaires et redresser le profil qui avait été dressé d'eux.

Mme A_____ était avocate spécialisée dans la protection de l'enfant et travaillait avec différentes autorités, dont le SPMi. Elle possédait un intérêt à vérifier et le cas échéant corriger les données la concernant. Également titulaire du brevet d'avocat, M. B_____ devait pouvoir rectifier des données inexactes portant atteinte à sa personnalité. En tant que famille d'accueil, ils souhaitaient à l'avenir aider d'autres enfants et les accueillir dans leur foyer. Des données fausses et attentatoires à leur personnalité pourraient remettre en cause leur rôle de famille d'accueil de manière injustifiée.

Le refus opposé par le SPMi à leur demande nuisait à sa mission de service public, en empêchant la découverte d'éventuels dysfonctionnements. L'absence de transparence du service avait conduit un groupe d'avocats à exiger le rétablissement de l'ordre légal, ce dont la presse s'était fait l'écho.

S'agissant de la protection des témoignages de tiers, leur rôle social d'avocats et les exigences élevées de probité attachées à leur profession garantissaient l'absence de toute crainte de représailles.

7) Le 6 octobre 2021, le SPMi a requis du TPAE qu'il se détermine sur la levée du secret de « protection » des mandataires du SPMi.

8) Le 27 octobre 2021, le TPAE, siégeant dans sa composition plénière, a refusé de lever les mandataires du SPMi de leur secret de « protection », en application des art. 413 al. 2 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210) et 58 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05).

9) Le 5 novembre 2021, le SPMI a informé le préposé de la requête dont il avait été saisi, des refus qu'il lui avait opposés et de la détermination du TPAE.

Il était contraint de maintenir son refus d'accès.

10) Le 15 novembre 2021, le préposé et son adjointe ont recommandé que le SPMi se conforme à la pesée des intérêts opérée par le TPAE dans le cas d'espèce.

Le TPAE avait refusé de lever le secret auquel étaient tenus les curateurs. Or, c'était au regard de l'art. 413 al. 2 CC que la requête devait être examinée, l'art. 3 al. 5 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) réservant expressément le droit fédéral. Il en résultait que la pesée des intérêts à la levée du secret et à l'éventuel accès aux données des requérants devait être effectuée par le TPAE.

11) Par décision du 19 novembre 2021, le SPMi a maintenu son refus d'accès aux documents, se référant au préavis du préposé. Les données relatives au placement de l'enfant étaient couvertes par le secret de « protection » au sens de l'art. 413 al. 2 CC et la levée de ce dernier avait été refusée par le TPAE.

12) Par acte remis à la poste le 23 décembre 2021, Mme A_____ et M. B_____ ont recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant à son annulation et à ce qu'il soit ordonné au SPMi de leur donner plein accès à leurs données personnelles.

Le secret du curateur n'était pas absolu, comme le secret médical, et sa violation n'était pas sanctionnée pénalement. Le SPMi s'abritait derrière lui de façon abusive pour leur refuser tout accès à leurs données personnelles de famille d'accueil. Le secret ne couvrait que les données de l'enfant et non celles détenues par le SPMi au sujet de la famille d'accueil. Celle-ci devait avoir accès aux informations détenues par le SPMi à son sujet par rapport à la manière dont elle avait pris en charge l'enfant, au respect des jours et horaires des droits de visite des parents. Ils demandaient également d'accéder aux procès-verbaux des réunions avec les curatrices et de toutes les informations relatives aux démarches pour signaler l'arrivée de l'enfant dans le canton de Vaud. Ces données les concernaient personnellement et exclusivement.

Les données n'avaient pas été recueillies auprès de l'enfant, mais établies et récoltées par le SPMi ou provenaient de médisances de tiers recueillies par le SPMi.

Leur intérêt privé était prépondérant, des données erronées pouvant leur porter préjudice dans leur vie professionnelle ou comme famille d'accueil.

Le refus du SPMi nuisait à sa mission publique et empêchait le détection de dysfonctionnements. Des dysfonctionnements avaient fait l'objet d'un important rapport du 17 août 2021 au Grand Conseil genevois. Un sain contrôle citoyen devait pouvoir s'opérer sur la manière dont le SPMi gérait les données personnelles des personnes concernées.

13) Le 19 janvier 2022, le préposé a persisté dans sa recommandation du 15 novembre 2021 et indiqué n'avoir pas d'autres observations à formuler.

14) Le 7 février 2022, le SPMi a conclu au rejet du recours. À titre préliminaire, l'instruction de la procédure devait être suspendue jusqu'à droit connu sur le recours formé au Tribunal fédéral par Mme A_____ et M. B_____ contre le refus de leur reconnaître la qualité de partie et de leur donner accès au dossier de la procédure civile de protection de l'enfant pendante devant le TPAE.

Mme A_____ et M. B_____ avaient reçu en copie un certain nombre de pièces de la procédure et avaient participé à un certain nombre d'audiences devant le TPAE, en présence du SPMi, notamment les 21 janvier et 5 octobre 2021 (audition des experts), et aux séances des 8 février 2019 (bilan de placement en présence de la mère et du service d'autorisation et de surveillance des lieux de placement – ci-après : SASLP), 29 mars 2019 (entretien avec la famille d'accueil, le SASLP et la pédopsychiatre), 25 septembre 2020 (entretien avec la famille d'accueil, le SASLP et le centre de consultation enfants adolescents familles – ci-après : CCEAF), 19 janvier 2021 (entretien avec la famille d'accueil), 1er juillet 2021 (entretien à F_____ avec la famille d'accueil et l'unité de pilotage des prestations éducatives contractualisées vaudoise – ci-après : UPPEC), 15 juillet 2021 (entretien avec M. B_____) et 25 août 2021 (entretien avec la famille d'accueil, l'enfant et l'UPPEC). Ils étaient en contact régulier avec le SPMi, qui les tenait informés des demandes faites par les parents et des décisions rendues par le TPAE, notamment les décisions des 20 mai 2019, 27 août 2019, 12 novembre 2019, 13 juillet 2020, 13 août 2020, 15 septembre 2020, 17 décembre 2020, 16 juin 2021, 14 juillet 2021 et 23 août 2021. Mme A_____ et M. B_____ avaient notamment reçu copie des ordonnances du TPAE des 14 novembre 2018, 17 février 2021, 12 mars 2021, 10 août 2021 et 2 novembre 2021. Ils avaient reçu copie de l'expertise psychiatrique du cercle familial rendue le 28 juillet 2021, partiellement caviardée.

Mme A_____ et M. B_____ avaient recouru contre l'ordonnance autorisant la réintégration de l'enfant auprès de sa mère. Leur recours avait été déclaré irrecevable par la chambre de surveillance de la Cour de justice le 7 septembre 2021 et un recours était pendant devant le Tribunal fédéral.

Le refus du TPAE de délier les curateurs de leur secret contraignait le SPMi à refuser l'accès aux documents.

Même si le Tribunal fédéral accordait à Mme A_____ et M. B_____ la qualité de partie devant le TPAE, le dossier du SPMi ne devrait pas pour autant leur être ouvert.

Le préposé avait estimé dans une recommandation de 2014 – au sujet de soupçons d'un grand-père que des indications ou des informations négatives à son sujet venant de tierces personnes lui avaient porté préjudice – que les entretiens se déroulant dans le cadre régi par l'intérêt supérieur de l'enfant étaient éminemment confidentiels, à défaut de quoi il y aurait peu de chance que les éléments nécessaires au service pour déterminer s'il existait ou non un risque pour l'enfant puissent être réunis de façon appropriée.

Les données personnelles de Mme A_____ et M. B_____ étaient indissolublement liées aux données personnelles de tiers figurant au dossier, qui étaient des données sensibles au sens de l'art. 4 let. b LIPAD.

L'intérêt public du SPMi à exercer sa mission était prépondérant.

Était jointe une copie complète du dossier depuis le placement de l'enfant auprès des recourants, avec la demande expresse de la soustraire à la consultation par ces derniers – conformément à la décision du plenum du TPAE du 24 janvier 2022 de délier le directeur du SPMi de son secret mais de maintenir l'interdiction d'accès au dossier.

15) Le 10 mars 2022, Mme A_____ et M. B_____ ont persisté dans leurs conclusions.

Le SPMi persistait à agir de manière totalement opaque et à empêcher la manifestation de la vérité. C'étaient les données négatives et le préavis du SPMi qui avaient conduit le TPAE à prendre des mesures provisionnelles urgentes et rompre immédiatement tout lien entre eux et l'enfant, ce qui leur avait causé un « tort énorme au niveau de [leurs] droits de la personnalité », de leur dignité et de leur intégrité psychique. Le SPMi avait refusé d'écouter la psychologue de l'enfant et même les autorités vaudoises. Il ne leur avait laissé qu'une demi-heure pour prendre congé et s'était opposé par la suite à ce qu'ils aient des contacts avec l'enfant.

Le TPAE avait agi dans l'urgence, quelques heures avant leur départ prévu en vacances prévu de longue date, comme l'enfant achevait un droit de visite d'une semaine avec sa mère. Le SPMi avait déclenché son préavis de retour, que le juge avait immédiatement entériné. Le magistrat, dont la récusation leur avait été refusée au motif qu'ils n'étaient pas parties à la procédure, avait probablement également décidé de leur refuser l'accès aux données.

Ce comportement extrême du SPMi à l'endroit de personnes qui avaient osé critiquer ses méthodes de travail mais qui par ailleurs s'étaient toujours parfaitement bien occupées de l'enfant et étaient de bons citoyens sous tous rapports, constituait un cas de dysfonctionnement grave du SPMi.

Ils avaient mis une année à regagner la confiance des autorités vaudoises induites en erreur par le SPMi.

Admettre l'argument tiré de l'art. 413 al. 2 CC les contraindrait à une longue procédure devant le TPAE pour faire lever cet obstacle.

Pour éviter que les données ne disparaissent, une mesure conservatoire devait être ordonnée, contraignant le SPMi à établir une copie de toutes les données disponibles les concernant.

Si la chambre administrative devait donner raison au SPMi, ils requéraient la suspension de la procédure jusqu'à droit connu au Tribunal fédéral.

Le refus qui leur avait été opposé d'accéder à la procédure civile ne constituait pas un argument pour refuser de leur donner accès aux données détenues par le SPMi. Au contraire, il s'agissait d'un argument supplémentaire en faveur d'un plein accès sous l'angle de la LIPAD. La demande du SPMI de suspendre la procédure jusqu'à droit connu devant le Tribunal fédéral n'était pas pertinente.

Le Tribunal fédéral avait déclaré leur recours irrecevable sans trancher la question de leur qualité de partie.

16) Le 14 mars 2022, la chambre administrative a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 LOJ ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2) Dans leur réplique, les recourants concluent préalablement à ce qu'il soit enjoint au SPMi d'établir à titre conservatoire une copie complète de toutes les données les concernant.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il y soit donné suite (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b). Ce droit n'empêche pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, si elle acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 131 I 153 consid. 3).

b. En l'espèce, la question de savoir si la conclusion, prise pour la première fois dans la réplique, est recevable pourra souffrir de rester indécise. Les recourants se limitent en effet à évoquer, mais ne rendent pas vraisemblable, que les données dont ils réclament la sauvegarde pourraient courir le risque d'être perdues ou altérées. À cela s'ajoute que le SPMi a produit devant la chambre de céans une copie complète du dossier dès l'accueil de l'enfant dans leur foyer.

La demande sera rejetée.

3) Les recourants et le SPMi ont tous deux conclu préalablement à la suspension de la procédure jusqu'à droit jugé sur le recours formé par les recourants au Tribunal fédéral contre le refus de leur reconnaitre la qualité de partie dans la procédure devant le TPAE.

Dans leur réplique, les recourants ont indiqué que celui-ci avait été déclaré irrecevable.

La requête de suspension a ainsi perdu son objet et il n'y a pas lieu d'y donner suite.

4) Le litige a pour objet la conformité au droit de la décision du SPMi du 19 novembre 2021 refusant aux recourants l'accès aux documents les mentionnant ou les concernant dans son dossier relatif au placement de l'enfant.

5) Les recourants se plaignent d'une violation de l'art. 46 LIPAD, de l'art. 413 al. 2 CC et du principe de la proportionnalité.

a. L'art. 13 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst - RS 101) et l'art. 21 al. 2 de la constitution genevoise du 14 octobre 2012 (Cst-GE – A 2 00) prévoient que toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent.

b. La LIPAD est constituée de deux volets, correspondant aux deux buts énoncés à l'art. 1 al. 2 LIPAD. Elle a pour premier but de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique par l'information du public et l'accès aux documents (art. 1 al. 2 let. a LIPAD ; titre II LIPAD) et pour second but de protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant (art. 1 al. 2 let. b LIPAD ; titre III LIPAD).

L'art. 44 LIPAD dispose que toute personne physique ou morale de droit privé peut demander par écrit aux responsables au sens de la loi si des données la concernant sont traitées par des organes placés sous leur responsabilité (al. 1). Sous réserve de l'art. 46, le responsable doit lui communiquer (a) toutes les données la concernant contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données et (b) sur demande, les informations relatives au fichier considéré contenues dans le catalogue des fichiers (al. 2). La satisfaction d'une demande impliquant un travail disproportionné peut être subordonnée au paiement préalable d'un émolument (al. 3).

On entend par données personnelles toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable (art. 4 let. a LIPAD). La personne concernée est la personne physique ou morale au sujet de laquelle des données sont traitées (art. 4 let. g LIPAD). Constitue un traitement de ces données toute opération relative à celles-ci – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment leur collecte, conservation, exploitation, modification, communication, archivage ou destruction (art. 4 let. e LIPAD). La communication est définie comme le fait de rendre accessibles des données personnelles ou un document, par exemple en autorisant leur consultation, en les transmettant ou en les diffusant (art. 4 let. f LIPAD).

La communication de ces données et informations doit être faite sous une forme intelligible et, en règle générale, par écrit et gratuitement (art. 45 LIPAD).

Selon l'art. 46 LIPAD, l'accès aux données personnelles ne peut être refusé que si un intérêt public ou privé prépondérant le justifie, en particulier lorsque (a) il rendrait inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives, (b) la protection de données personnelles sensibles de tiers l'exige impérativement ou (c) le droit fédéral ou une loi cantonale le prévoit expressément (al. 1). 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 (al. 2).

c. La loi sur l'enfance et la jeunesse du 1er mars 2018 (LEJ - J 6 01) a entre autres buts de protéger les enfants menacés dans leur intégrité physique et psychique (art. 1 let. d LEJ). Par protection, on entend l'ensemble des mesures socio-éducatives visant à prévenir, limiter ou faire disparaître un danger qui

menacerait un enfant en raison des difficultés rencontrées par les parents dans l'exercice de leurs responsabilités, à assister les familles, à rétablir les conditions favorables au développement de l'enfant et, si nécessaire, à l'éloigner (art. 22 LEJ).

Le département de l'instruction publique, de la jeunesse et des sports (ci-après : DIP), pour lui le SPMi, lorsque le développement physique, psychique, affectif ou social d'un enfant est menacé et que les parents ne peuvent y remédier seuls, prend, dans la mesure du possible en collaboration avec les parents, les dispositions de protection nécessaires. Il signale la situation au TPAE si la mesure envisagée l'impose (art. 23 al. 3 LEJ). Il exécute des mandats de curatelle, de tutelle et pénaux ordonnés par les tribunaux (art. 23 al. 4 LEJ). À la demande entre autres du TPAE, il procède à l'audition de l'enfant et établit un rapport d'évaluation qui comprend notamment les solutions proposées par les parents au sujet de l'enfant, de même que l'opinion de ce dernier à leur sujet (art. 24 LEJ).

Le département recueille les données personnelles nécessaires à l'accomplissement de ses tâches légales, notamment les données relatives à la santé des enfants et des jeunes, ainsi que celles relatives aux poursuites, aux sanctions pénales ou administratives, et aux prestations sociales (art. 39 LEJ). À l'intérieur du département, les personnes chargées d'une même situation échangent toute information utile et nécessaire à la prise en charge d'un enfant ou d'un jeune, dans le respect du cadre légal (art. 40 LEJ). La communication, dans l'intérêt de l'enfant ou du jeune, de données personnelles, y compris sensibles, entre institutions publiques au sens de la LIPAD est permise aux conditions de l'art. 39 al. 1 de cette loi (art. 41 LEJ). L'intérêt à la protection d'un enfant ou d'un jeune constitue un intérêt pouvant justifier la communication de données personnelles à des personnes de droit privé au sens de l'art. 39 al. 9 let. b LIPAD (art. 44 LEJ).

d. L'art. 9A al. 1 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05) prévoit que 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 LIPAD ne leur permet pas de les communiquer à autrui.

Le secret de fonction peut être levé par le Conseil d'État, soit pour lui le conseiller d'État chargé du département dont dépend le membre du personnel concerné, pour les membres du personnel administratif, technique et manuel de l'administration cantonale (art. 9A al. 5 let. a LPAC).

e. L'art. 413 CC dispose que le curateur accomplit ses tâches avec le même devoir de diligence qu'un mandataire au sens du code des obligations (al. 1). Il est tenu au secret, à moins que des intérêts prépondérants ne s'y opposent (al. 2).

Lorsque l'exécution des tâches qui lui sont confiées l'exige, il doit informer des tiers de l'existence d'une curatelle (al. 3). Selon le message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 concernant la révision du CC (ci-après : le message), l'art. 413 al. 2 CC s'inspire du droit de la protection des données et soumet le curateur à une obligation de garder le secret, à moins que des intérêts prépondérants de la personne concernée, de tiers ou de la collectivité publique ne justifient sa levée. Ainsi, par exemple, le curateur d'un jeune malade mental pourra communiquer à ses parents des faits importants sans violer son obligation de garder le secret. Le projet ne prévoit pas de sanction pour la violation de l'obligation de garder le secret. Une telle violation est soumise notamment aux dispositions générales sur la responsabilité civile. Les curateurs professionnels au service de la collectivité publique sont en outre soumis au secret de fonction (art. 320 CP). L'obligation de garder le secret et le pouvoir d'appréciation connaissent toutefois des limites. Le curateur ne pourra, par exemple, pas se prévaloir de son pouvoir de représentation sans donner des informations sur l'étendue de sa tâche et sur les conséquences juridiques de la curatelle (FF 2006 6688). Selon la doctrine, les intérêts de tiers peuvent également justifier une exception ponctuelle à l'obligation de garder le secret. Ainsi de l'employeur ou de la direction de l'établissement dans lequel vit la personne concernée, dans le but de leur permettre de faire valoir leurs droits et de s'acquitter de leurs obligations envers elle. Le curateur doit procéder dans chaque cas particulier à une pesée des intérêts pour décider quelles sont les informations à communiquer et de quelle manière elles doivent l'être. La loi ne prévoit toutefois pas que des tiers qui rendent leur intérêt vraisemblable puissent exiger des informations du curateur. Curateurs privés et publics devraient être tous deux soumis au secret de fonction (Audrey LEUBA/Martin STETTLER/Andrea BÜCHLER/Christoph HÄFELI, Protection de l'adulte, Stämpfli 2013, ad. art. 413 pp. 566- 569).

L'art. 451 CC dispose que l'autorité de protection de l'adulte est tenue au secret, à moins que des intérêts prépondérants ne s'y opposent (al. 1). Toute personne dont l'intérêt est rendu vraisemblable peut exiger de l'autorité de protection de l'adulte qu'elle lui indique si une personne déterminée fait l'objet d'une mesure de protection et quels en sont les effets (al. 2). Selon le message, l'obligation du secret est une condition essentielle pour la réussite et le maintien d'un lien de confiance avec la personne concernée, lequel contribue de manière importante au succès de la mesure (FF 2006 6721). Selon la doctrine, le secret a également pour but de protéger des intérêts publics, notamment l'intérêt à gagner la collaboration des personnes impliquées à un titre ou à un autre pour qu'elles fournissent les renseignements nécessaires à une réalisation couronnée de succès des tâches de l'autorité. L'obligation de garder le secret vaut à l'égard de tous les tiers, y compris les proches comme les parents. Elle porte sur l'intégralité des données personnelles et est plus large que le secret de fonction. En principe, les obligations légales de garder le secret de fonction l'emportent sur le droit de la protection des données. Le fardeau de la preuve de l'intérêt vraisemblable

incombe au requérant (LEUBA/STETTLER/BÜCHLER/HÄFELI, op. cit. ad. art. 451 n^{os} 2, 10, 12, 22 et 30 pp. 956-963).

f. L'art. 4 let. b ch. 2 et 3 LIPAD qualifie de sensibles les données personnelles sur la santé et la sphère intime (ch. 2) ainsi que les mesures d'aide sociale (ch. 3). Selon la doctrine, celles-ci incluent les données personnelles utilisées dans le cadre de mesures de protection de l'enfant et de l'adulte (LEUBA/STETTLER/BÜCHLER/ HÄFELI, op. cit. ad. art. 451 n^{o} 21 p. 963).

g. L'art. 58 LOJ attribue au TPAE la compétence pour statuer sur la levée du secret de fonction auquel sont tenus (a) les curateurs et tuteurs et (b) les administrateurs d'office de la succession et les représentants de la communauté héréditaire.

h. L'art. 320 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) punit d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi (ch. 1 al. 1), étant précisé que la révélation n'est pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure (ch. 2).

i. Le principe de la proportionnalité, garanti par les art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst., exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive. En outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (ATF 126 I 219 consid. 2c et les références citées).

Le principe de la proportionnalité se compose ainsi des règles d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé –, de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, l'on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 140 I 218 consid. 6.7.1 ; 136 IV 97 consid. 5.2.2 ; 135 I 169 consid. 5.6).

6) En l'espèce, le SPMi a considéré que le refus du TPAE de lever les tutrices de leur secret de protection l'empêchait de donner aux recourants accès aux données les concernant. Ce raisonnement ne prête pas le flanc à la critique.

Il y a lieu de rappeler préliminairement que le dossier auquel les recourants demandent un accès partiel n'a pas été constitué à leur sujet ou à leur propos ni dans le but de collecter des données les concernant, mais uniquement dans le cadre des mesures de protection en faveur de l'enfant.

L'enfant qui bénéficie de mesures de protection prévues aux art. 307 ss CC possède un intérêt personnel, fondé sur la protection de sa personnalité, à ce que les données le concernant et figurant dans les dossiers du TPAE et du SPMi ne soient pas divulguées.

Le TPAE et le SPMi possèdent eux-mêmes un tel intérêt. Ces autorités doivent en effet pouvoir instruire et recueillir auprès d'un large éventail d'intervenants et de familiers toutes les informations nécessaires pour entreprendre une procédure, établir correctement les faits – soit pour l'essentiel la situation de l'enfant – et prononcer les mesures nécessaires (art. 39 et 40 LEJ). Ainsi, la loi délie les tiers du secret professionnel s'agissant d'aviser l'autorité de protection que l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'un enfant semble menacée (art. 314c CC) et oblige même les professionnels de la médecine, de la psychologie, des soins, de la prise en charge et du service social, les éducateurs, les enseignants, les intervenants du domaine de la religion et du domaine du sport, lorsqu'ils sont en contact régulier avec les enfants dans l'exercice de leur activité professionnelle, à aviser (art. 314d CC). La loi institue l'obligation de collaborer, au besoin sous la contrainte (art. 314e al. 1 CC), délie à cette fin du secret professionnel les personnes qui y sont soumises (art. 314e al. 3 CC) et établit le principe de l'assistance administrative (art. 314e al. 4 CC). Corrélativement, la loi soumet le curateur au secret, à moins que des intérêts prépondérants ne s'y opposent (art. 413 al. 2 CC). L'établissement des tels intérêts et la pesée d'intérêts sont de la compétence du TPAE (art. 58 LOJ). En ce qui concerne la LIPAD, la loi prévoit que c'est l'intérêt à la protection d'un enfant ou d'un jeune qui peut justifier la communication de données personnelles entre institutions (art. 41 LEJ) ou à des tiers (art. 44 LEJ).

Le secret de « protection » auquel sont astreintes en l'espèce les tutrices est défini par l'art. 58 LOJ comme un secret de fonction. À ce titre, sa violation est sanctionnée par l'art. 320 CP des mêmes peines que l'art. 321 CP prévoit par exemple pour la violation du secret médical, auquel les recourants se réfèrent, de sorte que, sous cet angle, on ne voit pas qu'il serait moins protégé et aurait une moins grande valeur. Les recourants soutiennent qu'il serait moins hermétique que le secret médical. Ils soulignent toutefois qu'il a pour vocation de protéger une relation de confiance. Cette caractéristique le rapproche dès lors de ce dernier. Le secret médical peut être levé par l'accord du patient ou encore par décision de la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (art. 12 de la loi sur la santé du 7 avril 2006 - LS - K 1 03 ; art. 7 al. 2 de la loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients du 7 avril 2006 - LComPS - K 3 03), laquelle procède à une pesée d'intérêts (ATA/1352/2020 du 22 décembre 2020 consid. 10 et 15). Sous cet angle également le secret médical se laisse comparer au secret des tutrices, que le TPAE peut décider de lever au terme d'une pesée d'intérêts.

Le secret de « protection » proscrit aux tutrices aussi bien de livrer des informations que des documents, de la même manière que le secret médical s'étend au dossier du patient et aux pièces qu'il contient. En l'occurrence, le TPAE, statuant sur la levée, a fait défense au SPMi de transmettre les pièces du dossier de l'enfant aux recourants.

Les recourants font valoir qu'ils ne s'intéressent qu'aux informations les concernant. Ils n'établissent toutefois pas que de telles informations pourraient être distinguées d'informations concernant l'enfant, et l'on peine à comprendre, s'agissant d'un dossier consacré tout entier à la prise en charge de l'enfant, quel type d'information pourrait concerner exclusivement les recourants sans rapport avec celui-ci. Le SPMi apparait ainsi fondé à conclure que les informations et les données sont indivisibles et qu'elles ne peuvent partant être divulguées sans livrer des informations sur l'enfant et son placement, ce que la loi veut précisément empêcher.

Les recourants soutiennent posséder un intérêt supérieur à connaître d'éventuelles allégations erronées et malveillantes à leur égard de manière à pouvoir faire corriger celles-ci et à préserver leur réputation et la possibilité de se voir confier à l'avenir des enfants. Ils ne rendent toutefois pas vraisemblable avoir fait l'objet de telles allégations ni ne mentionnent les indices qui pourraient légitimement nourrir le soupçon que tel serait le cas. Ils soutiennent certes que la décision du TPAE mettant fin au placement – qu'ils datent du mois de juillet 2021 mais que le SPMi date du 10 août 2021 – mentionnerait « plusieurs points [les] concernant qui sont totalement faux ». Ils n'indiquent toutefois pas de quels « points » il s'agirait et en quoi ils seraient « totalement faux ». Ils allèguent par ailleurs que « les décisions prises à [leur] encontre » et « les conclusions d'une expertise se basant largement sur les données du SPMi » prouveraient que ce dernier « doit contenir des données et des appréciations erronées qui portent une atteinte grave à [leur] personnalité ». Ils n'exposent toutefois pas quelles sont les observations et les conclusions des experts, ni en quoi ceux-ci se seraient fondés sur le dossier du SPMi, et ne disent d'ailleurs rien de leur éventuelle audition par ces derniers, de sorte que leurs affirmations relèvent de la pure hypothèse. Ils ne produisent enfin ni la décision du TPAE ni l'expertise psychiatrique du cercle familial qu'ils auraient selon le SPMi, et sans qu'ils le contestent, reçue le 28 juillet 2021, et qui permettraient éventuellement de fonder leurs craintes. Ils se plaignent encore de ne pas avoir été entendus avant que le TPAE rende sa décision, mais ne contestent pas avoir participé aux entretiens conduits par le SPMi les 1er juillet, 15 juillet et 25 août 2021 ni avoir reçu les ordonnances du TPAE des 17 février, 12 mars, 10 août et 2 novembre 2021, comme le rapporte le SPMi sans être contredit. Ils ne soutiennent pas s'être adressés par écrit au TPAE durant l'été 2021 ou plus spécifiquement à réception de l'expertise et ne produisent en tout cas aucun courrier dans ce sens. Il suit de là qu'ils sont d'ores

et déjà en possession de nombreuses données et manifestement des plus importantes les concernant.

Ainsi, en l'absence d'allégations précises des recourants et de production de la documentation pertinente de leur part, la chambre de céans retiendra que, s'ils établissent certes qu'ils sont insatisfaits de décisions « prises à [leur] encontre » – dont il ressort en réalité de la loi qu'elles sont prises dans l'intérêt de l'enfant exclusivement –, ils ne rendent en revanche pas vraisemblable qu'ils auraient pu être victimes de malveillance ou d'allégations infondées. Installés dans le canton de Vaud, ils indiquent d'ailleurs avoir regagné la confiance de l'autorité vaudoise.

Dans ces circonstances, c'est à bon droit et sans commettre ni excès ni abus de son pouvoir d'appréciation que le SPMi a retenu que les recourants ne font pas valoir d'intérêt supérieur à celui de l'enfant et du SPMi et refusé de leur donner accès aux documents les mentionnant, ce d'autant plus qu'il s'est conformé ce faisant à la décision du TPAE et au préavis du préposé.

Les allégations des recourants relatives à la probité supérieure et à l'équanimité que leur conférerait leur titre d'avocat sont sans pertinence pour l'issue du litige, la question à trancher portant sur l'accès aux données et non sur l'usage à en faire, étant observé que les recourants font par ailleurs valoir un intérêt collectif à la détection des « dysfonctionnements du SPMi ».

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

7) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge solidaire des recourants (art. 87 al. 1 LPA) et il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 23 décembre 2021 par Mme A_____ et M. B_____ contre le la décision du service de protection des mineurs du 19 novembre 2021 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1’000.- à la charge solidaire de Mme A_____ et M. B_____ ;

dit qu'il n'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 ;

communique le présent arrêt à Mme A_____ et M. B_____, au service de protection des mineurs, au Tribunal de protection de l’adulte et de l’enfant ainsi qu’au préposé cantonal à la protection des données.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mme Krauskopf, M. Verniory, Mmes Payot Zen-Ruffinen et Lauber, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	le président siégeant :
F. Scheffre	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :