

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4189/2011-LIPAD

ATA/357/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 11 juin 2013

dans la cause

**PRÉPOSÉ CANTONAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA
TRANSPARENCE**

contre

HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE
représentés par Me Pierre Martin-Achard, avocat

et

Madame R_____

EN FAIT

1. De 1999 à 2010, Madame R_____ a été en traitement auprès d'un neurologue, médecin adjoint aux Hôpitaux Universitaires de Genève (ci-après : HUG), qui la suivait dans le cadre de sa pratique privée. A la fin de l'année 2010, celui-ci a quitté les HUG, en y laissant le dossier médical de Mme R_____.
2. Le 27 avril 2011, Mme R_____ a demandé aux HUG la restitution de l'original de son dossier médical complet. Elle les déliait à cette fin de leur devoir de conservation, légal et contractuel.
3. Le 23 mai 2011, Mme R_____ a demandé l'intervention du Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après : le Préposé). Les HUG n'avaient pas répondu à sa lettre du 27 avril 2011. Elle avait uniquement reçu, sans commentaire, quelques photocopies dépareillées de son dossier.
4. Le 26 mai 2011, le Préposé a interpellé le responsable de l'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD - A 2 08) au sein des HUG (ci-après : le responsable LIPAD) en lui demandant de faire droit à la demande de Mme R_____ ou de lui transmettre ses observations.
5. Le 20 juin 2011, les HUG ont transmis à Mme R_____ une photocopie de l'intégralité de son dossier médical.
6. Le 22 juin 2011, le Préposé a interpellé à nouveau le responsable LIPAD des HUG. Mme R_____ n'avait pas obtenu satisfaction. Il était invité à transmettre formellement la requête et ses observations.
7. Par courriel du 25 juin 2011, le responsable LIPAD des HUG a fait savoir au Préposé que le dossier avait été traité. Un échange téléphonique avait eu lieu avec Mme R_____. Il avait été convenu qu'une copie de son dossier lui serait adressée par poste et sans frais, ce qui avait été effectué le 20 juin. Sauf à ce que Mme R_____ persiste à réclamer l'original de son dossier, le responsable LIPAD des HUG considérait que sa demande avait été satisfaite. Il était hors de question que les HUG se dessaisissent de l'original du dossier. Cela contrevenait à leurs obligations légales de conservation des dossiers médicaux. Si besoin, un tiers pouvait constater que le jeu de photocopies adressé à Mme R_____ était conforme à l'original.
8. Le 19 juillet 2011, un entretien avait eu lieu entre Mme R_____, les HUG et le Préposé. Aucun accord n'avait été trouvé. Un délai au 10 août 2012 avait été accordé aux HUG pour déposer leur détermination au sujet de la restitution de l'original du dossier. Mme R_____ aurait ensuite la possibilité de se prononcer avant qu'une recommandation soit rendue.

9. Le 5 août 2011, le responsable LIPAD des HUG a indiqué au Préposé les motifs pour lesquels les HUG refusaient de remettre à Mme R_____ l'original de son dossier médical. Les HUG étaient un établissement de droit public doté de la personnalité juridique, soumis à la loi sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 (LEPM – K 2 05). Selon l'art. 9 al. 9 LEPM, l'accès des personnes soignées dans un établissement public médical aux dossiers et fichiers contenant des informations les concernant personnellement était régi par la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS – K 1 03).

Conformément à l'art. 52 LS, la tenue d'un dossier était obligatoire pour chaque patient. Les dossiers des patients traités aux HUG n'étaient pas soumis à l'art. 58 LS, mais à l'art. 57 LS et à la loi sur les archives publiques du 1^{er} décembre 2000 (LArch – B 2 15). Le règlement des services médicaux adopté par le conseil d'administration des HUG le 11 octobre 2007 et approuvé par le Conseil d'Etat le 14 novembre 2007 (ci-après : RSM) précisait en son art. 110 que les dossiers patients et les documents y afférents étaient et restaient la propriété des HUG où ils étaient conservés, y compris ceux des patients privés, des ayants droit. Les patients des HUG du service public étaient soumis au droit public.

Selon l'art. 57 LS, le dossier médical devait être conservé aussi longtemps qu'il présentait un intérêt pour la santé du patient, mais au moins pendant dix ans dès la dernière consultation. Si aucun intérêt prépondérant pour la santé du patient, ou la santé publique ne s'y opposait, le dossier était détruit après vingt ans au plus tard. Étaient réservées les dispositions de la LArch. L'art. 57 LS allait dans le même sens que l'art. 29 LIPAD, qui précisait que la conservation et l'archivage des documents étaient régis par la LArch.

Le bureau du Préposé avait publié en juillet 2011 une « fiche informative destinée aux Institutions publiques et parapubliques soumises à la LIPAD sur l'archivage et la destruction de l'information » où mention était faite que « les documents exploités par les Institutions constituent d'abord des archives administratives. Leur consultation est alors régie par la LIPAD, par des lois spéciales ou par des lois de procédure judiciaire ou administrative. Une fois qu'ils ont perdu toute utilité, les documents détenus par les Institutions sont soumis à la LArch, indépendamment de leur lieu de conservation. ». Selon cette fiche informative, il y avait trois catégories de documents, les actifs, les semi-actifs et les inactifs, ces derniers étant soit détruits, soit considérés comme des archives permanentes. Selon les art. 5 al. 3 et 6 al. 1 LArch, les HUG conservaient la propriété et la garde de leurs archives, sous réserve de mesures édictées par le Conseil d'Etat et de directives des Archives d'Etat (ci-après : les Archives).

Le 15 août 2008, les HUG et les Archives avaient conclu une convention relative à la conservation et la destruction des dossiers médicaux des HUG. Les dossiers médicaux postérieurs à l'année 1950 pouvaient être détruits après vingt ans dès le dernier passage du patient, sauf si un médecin-chef de service

demandait la conservation du dossier médical en invoquant un intérêt pour la recherche et l'enseignement. Etaient indestructibles les dossiers médicaux postérieurs à l'année 1950 concernant des patients dont le nom de famille à la naissance commençait par la lettre « B », lesquels étaient alors versés aux archives dans leur intégralité. Dès l'année 1981 (dernier passage du patient), cet échantillonnage n'était effectué que les années paires, le solde des dossiers étant détruit. S'agissant des dossiers médicaux microfilmés postérieurs à l'année 1950, leur destruction avait été autorisée immédiatement après le microfilmage, sous réserve des exceptions. Cette décision s'appliquait mutatis mutandis à la numérisation des dossiers, procédure qui avait remplacé aux HUG la procédure de microfilmage. Conformément à l'art. 2 al. 2 LArch, l'archivage contribuait à documenter l'activité des institutions publiques, à assurer la continuité et le contrôle de leur gestion, la sécurité du droit, la sauvegarde des intérêts légitimes des personnes touchées ou de tiers ainsi que ceux de la science et de la recherche. L'archivage des dossiers médicaux alimentait par ailleurs l'historique de la santé d'une population donnée.

Conformément à l'art. 2 LEPM, l'une des missions des HUG était la formation et la recherche. Des études rétrospectives pouvaient être faites à partir de dossiers archivés. Les HUG étaient au bénéfice d'une autorisation générale de levée du secret médical à des fins de recherche, délivrée par la Commission fédérale compétente, conformément à l'art. 321bis du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0). Il était nécessaire de pouvoir conserver les dossiers des patients pour permettre de rechercher plusieurs années après leur dernier passage les origines, les causes et les effets d'une épidémie latente, par exemple (HIV+ Creutzfeldt-Jakob).

Les délais de prescription des poursuites pénales et civiles commandaient également la conservation du dossier des patients en cas de contestation de la qualité des soins administrés. La conservation des données permettait par ailleurs une prise en charge la plus optimale possible, actuelle et future, du patient.

Le patient avait le droit de consulter son dossier et de s'en faire expliquer la signification. Il pouvait également, conformément à l'art. 55 LS, s'en faire remettre, en principe gratuitement, des pièces ou demander à ce qu'elles soient transmises au professionnel de la santé de son choix.

La demande de Mme R_____ ne pouvait être traitée de façon isolée, mais devait au contraire être considérée dans un contexte plus général concernant la réclamation par tout patient de son dossier médical original. La remise du dossier original constituerait un précédent qui, s'il était connu et suivi d'autres requêtes identiques, ne permettrait plus aux HUG comme autorité sanitaire cantonale et fédérale de remplir leur mission. Mme R_____ avait pu obtenir une photocopie de l'intégralité de son dossier, y compris les notes strictement personnelles du médecin. Réclamer l'original du dossier reviendrait par ailleurs, s'agissant de

dossiers en tout ou partie informatisés, à imprimer les documents numérisés, puis à détruire les supports informatiques, ce qui contreviendrait aux dispositions de la LS, de la LArch et de la LIPAD.

10. Le 30 août 2011, Mme R_____ a fait savoir qu'elle n'avait pas de remarque à faire, sinon qu'elle maintenait sa requête.
11. Le 10 octobre 2011, le Préposé a émis une recommandation par laquelle il invitait les HUG à rendre une décision de restitution du dossier original complet de Mme R_____ à cette dernière et à détruire les données informatiques correspondantes, moyennant signature d'une décharge. Le médecin de Mme R_____ avait disposé d'un droit de pratique privée au sein des HUG. Il avait cessé d'exercer cette pratique privée à fin 2010. L'art. 58 LS donnait le droit d'obtenir la restitution du dossier en cas de départ du médecin. L'obligation de conserver le dossier médical existait pour le médecin tant que le patient n'en demandait pas la restitution. Dans cette hypothèse, c'était la LIPAD qui s'appliquait. L'art. 110 du règlement des HUG édicté antérieurement n'était pas conforme à la LIPAD en tant qu'il prévoyait que la propriété du dossier appartenait aux HUG.
12. Par décision du 21 octobre 2011, pour les motifs développés dans leurs observations du 5 août 2011, les HUG ont informé Mme R_____ qu'ils refusaient de donner suite à la recommandation du Préposé visant à lui remettre son dossier médical original complet et à détruire les données informatiques correspondantes.
13. Par courriel du 10 novembre 2011, les HUG ont adressé une copie de cette décision au Préposé.
14. Le 8 décembre 2011, le Préposé a saisi la chambre administrative de la Cour de Justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours à l'endroit de cette décision. Il a conclu à son annulation. Les HUG devaient être condamnés à remettre à Mme R_____, contre signature d'une décharge complète, l'original de son dossier médical et à détruire toute copie de celui-ci, sur quelque support que ce soit, sous réserve des informations strictement nécessaires à la gestion administrative et de celles, anonymisées, nécessaires à l'élaboration de statistiques. L'accès aux archives historiques était régi par la LArch. En revanche, l'accès aux archives administratives était régi par la LIPAD, des lois spéciales ou par des lois de procédure judiciaire ou administrative. Le passage du statut d'archive administrative au statut d'archive historique avait lieu de plein droit à l'échéance de sa durée d'utilité légale ou administrative. L'art. 57 al. 1 et 2 LS disposait que la durée d'utilité d'un dossier médical était de dix ans à compter de la dernière consultation du patient, le délai pour procéder à la destruction de ce dossier étant de vingt ans au plus, sauf intérêt privé ou public prépondérant. La dernière consultation de Mme R_____ aux HUG ayant eu lieu le 16 avril 2010, son dossier médical n'avait pas le statut d'archive historique, mais celui d'archive administrative. L'accès aux documents qu'il contenait était ainsi régi par la LIPAD, les lois spéciales ou les lois

de procédure administrative, mais non par la LArch. Le statut public ou privé des soins prodigués à la requérante par le médecin était sans pertinence pour le surplus.

Selon l'art. 9 al. 9 LEPM, l'accès des personnes soignées dans un établissement public médical aux dossiers et fichiers contenant des informations les concernant personnellement était régi par la LS. Selon l'art. 55 LS, le patient avait le droit de consulter son dossier et de s'en faire remettre les pièces ou de les faire transmettre au professionnel de santé de son choix. Selon l'art. 58 al. 1 LS, le professionnel de la santé qui cessait ou interrompait son activité en informait ses patients et, à leur demande, leur remettait leur dossier ou le transmettait au professionnel de la santé désigné par eux. Sans réponse de leur part, dans un délai raisonnable, il remettait les dossiers à l'association professionnelle à laquelle il appartenait ou à défaut à la Direction générale de la santé. L'art. 58 LS, loin de restreindre le droit à l'autodétermination en matière informationnelle des patients, en assurait l'exercice par l'instauration d'un devoir correspondant à la charge des professionnels de la santé. Ce droit fondamental interdisait la constitution d'un droit de propriété sur des données personnelles de patients, contrairement à ce que prévoyait le RSM.

Les HUG faisaient valoir des missions particulières d'intérêt public (formation, recherches pouvant nécessiter des études rétrospectives sur les origines, les causes et les effets d'une épidémie latente, études génétiques prédictives, ou encore établissement de statistiques en vue de la planification sanitaire cantonale ou fédérale). L'art. 41 al. 1 LIPAD prévoyait un droit de traitement des données personnelles à de telles fins à des conditions cumulatives qui n'étaient toutefois pas réalisées en l'espèce. Les HUG disposaient certes d'une autorisation générale de levée du secret médical délivrée par la Commission fédérale compétente aux fins de recherches rétrospectives, mais n'avaient pas obtenu le préavis favorable du Préposé et l'autorisation du Conseil d'Etat nécessaire au traitement de données personnelles sensibles au sens de l'art. 41 al. 1 let. f LIPAD. Au demeurant, la durée de conservation des dossiers médicaux, de dix ans selon l'art. 57 LS à partir de la dernière consultation du patient (délai d'utilité légale ou délai de pré-archivage), se justifiait essentiellement par l'intérêt du patient quant au suivi de son état de santé. Ce n'était que par la suite qu'un intérêt public pouvait justifier la prolongation de la durée de la conservation d'un dossier médical, une telle prolongation à des fins de recherche supposant le consentement du patient conformément à l'art. 57 al. 3 LS. Quant à l'établissement de statistiques, outre la nécessité légale de requérir le préavis du Préposé et l'autorisation du Conseil d'Etat, le principe de la proportionnalité commandait notamment que les données personnelles strictement nécessaires conservées à cette fin soient « anonymisées », c'est-à-dire que l'institution procède à la rupture définitive du lien existant entre celles-ci et les personnes qu'elles concernent. Les conditions justifiant la restriction des droits de la requérante n'étant pas réalisées, la conservation de l'original du dossier médical

de Mme R_____ contre son gré était constitutive d'un traitement illicite au sens des art. 4 let. e et 35 LIPAD.

La restitution de l'original du dossier en application de l'art. 58 al. 1 LS entraînait nécessairement l'obligation d'en détruire toute copie sur quelque support que ce soit, faute de quoi le traitement illicite perdurerait. Mme R_____ n'ayant pas consenti à la conservation par les HUG d'une copie de son dossier à des fins de recherche et ayant d'emblée fait savoir qu'elle les déliait de leur devoir de conservation légal et contractuel, les HUG devaient être condamnés à détruire toute copie du dossier médical, sur quelque support que ce soit, sous réserve des informations strictement nécessaires à sa gestion administrative et des informations, rendues anonymes, nécessaires à l'élaboration de statistiques.

15. Le 9 décembre 2011, Mme R_____ et les HUG ont été invités à faire parvenir leurs observations sur le recours jusqu'au 31 janvier 2012.
16. Par mémoire de réponse du 30 janvier 2012, les HUG s'en sont rapportés à justice quant à la recevabilité du recours. Au fond, ils ont conclu à son rejet, avec suite de frais et dépens. Mme R_____ n'avait à aucun moment sollicité la destruction des pièces en possession des HUG, mais uniquement la remise de son dossier original. L'exigence de destruction était le seul fait du Préposé.

Selon l'art. 57 al.1 LS, les éléments du dossier médical devaient être conservés aussi longtemps qu'ils présentaient un intérêt pour la santé du patient, mais au moins pendant dix ans dès la dernière consultation. Selon l'art. 57 al. 2 LS, le dossier était détruit après vingt ans au plus tard si aucun intérêt prépondérant pour la santé du patient ou pour la santé publique ne s'y opposait. Les dispositions de la LArch imposant un délai de conservation plus long étaient réservées par l'art. 57 al. 2 in fine LS. Les dossiers médicaux des patients admis au sein des HUG étaient la propriété des HUG conformément au règlement des services médicaux. Une lecture de la LIPAD et de la LArch conduisait à une conclusion identique. Un patient ne pouvait donc exiger la destruction d'un document ne lui appartenant pas. Il pouvait par contre y avoir accès tant en vertu de la LS que de la LIPAD et devait être consulté lors d'une conservation du document au-delà d'une certaine durée. L'art. 58 LS évoqué par le Préposé ne trouvait pas application. Il visait la situation d'un médecin travaillant au sein d'un cabinet privé décidant d'arrêter son activité professionnelle et non la situation des dossiers médicaux de patients admis au sein des HUG. Si les patients pouvaient obtenir la destruction de leurs dossiers médicaux, plusieurs des missions confiées aux HUG par le législateur en particulier la formation, la recherche et la prévention ne pourraient être menées à bien.

Le législateur n'avait pas prévu de système de décharge dans la LS, la LArch ou la LIPAD. Tout au plus, Mme R_____ pourrait-elle renoncer à agir civilement à l'encontre des HUG. Elle ne pouvait par contre les décharger d'une

responsabilité administrative ou pénale. Par ailleurs, sans dossier, les HUG ne pourraient plus justifier les prestations facturées si une assurance maladie devait en contester le caractère efficace, approprié ou économique. Si le praticien se voyait reprocher une violation de ses obligations déontologiques, sans dossier, il ne pourrait pas se défendre non plus.

En leur qualité d'établissement de droit public cantonal, les HUG étaient notamment soumis à la LArch. Cette loi s'appliquait à l'ensemble des documents assemblés pour le traitement d'une affaire, conformément à l'art. 3 al. 4 LArch. Lorsque le patient était toujours pris en charge par l'établissement, son dossier avait qualité d'archive administrative au sens de l'art. 3 al. 5 LArch. Lorsque ces mêmes documents n'étaient plus utiles à l'expédition courante des affaires, ils étaient alors qualifiés d'archives historiques selon l'art. 3 al. 6 LArch. Le raisonnement du Préposé reviendrait à exclure de la LArch l'ensemble des documents utiles à l'expédition courante des affaires, ce qui permettrait par le biais de la LIPAD de contourner les dispositions de la LArch et de priver les archives de nombre de documents ayant une valeur, par exemple historique, sociale ou culturelle. La LArch applicable en l'espèce, s'opposait au dessaisissement par les HUG du dossier de Mme R_____ et à la destruction de celui-ci.

S'agissant de la gestion des dossiers médicaux, la LS constituait une loi spéciale dérogeant à la LIPAD, ces deux législations étant de rang normatif identique. Tant la LIPAD que la LS avaient été respectées par les HUG. Mme R_____ avait eu accès à son dossier et les HUG lui en avaient remis une copie intégrale. Cette copie permettait au nouveau médecin traitant d'assurer le suivi thérapeutique.

17. Le 8 février 2012, constatant que Mme R_____ ne s'était pas déterminée dans le délai qui lui avait été imparti, le juge délégué lui a imparti un nouveau délai au 17 février 2012.
18. Le 28 février 2012, la chambre administrative a fait savoir au Préposé et aux HUG que Mme R_____ n'avait pas pu être atteinte. Tous ont été informés que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours 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. Les HUG sont un établissement public médical (art. 1 LEPM). Leurs activités sont principalement le diagnostic et le traitement des malades, la formation, la recherche et la prévention (art. 2 al. 2 LEPM). Le conseil d'administration est le pouvoir supérieur des HUG. Sous réserve des compétences du Grand Conseil et du Conseil d'Etat, il est investi des pouvoirs les plus étendus pour la gestion de l'établissement. C'est lui qui ordonne par règlement son mode de fonctionnement et de représentation (art. 7 al. 1 et 2 LEPM).
3. Conformément à l'art. 11A LEPM, le conseil d'administration des HUG peut autoriser certains médecins à pratiquer une activité privée limitée dans l'établissement où ils exercent leurs fonctions, pour autant qu'elle n'entrave pas le fonctionnement du service. Dans ce cas, conformément à l'art. 125 du Règlement des services médicaux du 23 juin 2011 (ci-après : RSM II), « les dossiers patients et les documents y afférents sont et restent la propriété des HUG où ils sont conservés, y compris ceux des patients privés des ayants droits. ». Le RSM dans sa teneur antérieure contenait à l'art. 110 une disposition identique.
4. L'accès des personnes soignées dans un établissement public médical aux dossiers et fichiers contenant des informations qui les concernent personnellement est régi par la LS (art. 9 al. 9 LEPM).
5.
 - a. Tout professionnel de la santé pratiquant à titre dépendant ou indépendant doit tenir un dossier pour chaque patient (art. 52 al. 2 LS). Le patient a le droit de consulter son dossier et de s'en faire expliquer la signification. Il peut s'en faire remettre en principe gratuitement les pièces, ou les faire transmettre au professionnel de la santé de son choix (art. 55 al. LS). Le traitement des données du patient, en particulier la communication de données à autrui, est régi par la législation fédérale, la LIPAD ainsi que par les dispositions spéciales de la LS (art. 56 al. 1 LS).
 - b. Selon l'art. 57 LS, les éléments du dossier médical doivent être conservés aussi longtemps qu'ils présentent un intérêt pour la santé du patient, mais au moins pendant dix ans dès la dernière consultation (al. 1). Si aucun intérêt prépondérant pour la santé du patient ou pour la santé publique ne s'y oppose, le dossier est détruit après vingt ans au plus tard. Sont réservées les dispositions de la LArch imposant un délai de conservation plus long (al. 2). Enfin, le patient peut consentir à une prolongation de la durée de conservation de son dossier à des fins de recherche (al. 3).
 - c. Sous le titre « sort du dossier en cas de cessation d'activité », l'art. 58 al. 1 LS prévoit que le professionnel de la santé qui cesse ou interrompt son activité en informe ses patients. A leur demande, il leur remet leur dossier ou le transmet au professionnel de la santé qu'ils ont désigné. Sans réponse du patient dans un délai raisonnable, il remet les dossiers à l'association professionnelle à laquelle il appartient ou, à défaut, à la direction générale de la santé, contre

émolument. Les dépositaires sont tenus au respect de la protection des données. En particulier, ils ne peuvent ni consulter, ni utiliser, ni communiquer les données contenues dans les dossiers placés sous leur responsabilité (al. 3). L'art. 57 LS relatif à la conservation du dossier leur est applicable (al. 4).

6. a. La LArch s'applique à l'ensemble des archives publiques genevoises, lesquelles sont formées des fonds d'archives et collections réunis aux Archives d'Etat de Genève (ci-après : les Archives d'Etat), de provenance publique ou privée, et des archives des institutions publiques, au nombre desquelles les établissements de droit public cantonaux (art. 1 al. 1 let. b ch. 4 LArch), tels les HUG (cf. Projet de loi sur les archives publiques - PL 8182 – séance du 17 février 2000 (soir), 1155).
- b. Conformément à l'art. 2 al. 1 LArch, tous les documents des institutions publiques qui ont une valeur juridique, politique, économique, historique, sociale ou culturelle sont archivés. Les documents sont tous les supports de l'information, quelle que soit leur date, qu'ils se présentent sous forme écrite ou numérisée, visuelle ou sonore. Un dossier est un ensemble de documents assemblés pour le traitement d'une affaire (art 3 al. 3 et 4 LArch). L'archivage contribue à documenter l'activité des institutions publiques, à assurer la continuité et le contrôle de leur gestion, ainsi que la sécurité du droit. Il sauvegarde les intérêts légitimes de personnes touchées ou de tiers, ainsi que ceux de la science et de la recherche. Il crée ainsi les conditions nécessaires à la compréhension de l'histoire (art. 2 al. 2). Les archives publiques sont des biens du domaine public (art. 2 al. 3).
- c. Les archives administratives sont l'ensemble des documents utiles à l'expédition courante des affaires (art. 3 al. 5 LArch), soit des archives « actives » ou « vivantes » (MGC 2000 II p. 1153). Les archives historiques sont l'ensemble des documents qui ne sont plus utiles pour l'expédition courante des affaires et qui sont conservés en raison de leur valeur archivistique définie par les principes et dispositions de la LArch (art. 3 al. 4 LArch). Les Archives d'Etat apprécient la valeur archivistique des documents en collaboration avec les institutions publiques (art. 8 al. 1 LArch).
- d. Selon l'art. 5 al. 3 LArch, les institutions publiques visées à l'art. 1 al. 1, let. b, chiffres 3 et 4 de la loi, conservent la propriété et la garde de leurs archives, sous réserve des mesures de conservation, de précaution et de surveillance qu'édicte le Conseil d'Etat.
- e. Elles constituent et gèrent leurs archives conformément aux principes et dispositions de la LArch, de ses règlements d'application et des directives des Archives d'Etat. Elles ne peuvent détruire des archives administratives susceptibles d'avoir une valeur archivistique au sens de l'art. 2, al. 1 LArch sans l'autorisation des Archives d'Etat (art. 6 al. 1 et 2 LArch).

f. L'art. 11 LArch pose le principe de la consultation libre et gratuite des archives publiques. La consultation des archives administratives est régie par la LIPAD et celle des archives historiques par la LArch (cf. Projet de loi sur les archives publiques - PL 8182 – séance du 17 février 2000 (soir), p. 1153). La LArch est ainsi appliquée de façon coordonnée avec la LIPAD (art. 1 al. 4 LArch).

g. Les archives historiques ne peuvent en principe être consultées qu'à l'expiration d'un délai général de protection de vingt-cinq années à compter de la clôture du dossier. Les documents classés selon des noms de personnes et qui contiennent des données personnelles sensibles ou des profils de la personnalité ne peuvent être consultés que dix ans après le décès de la personne concernée, à moins que celle-ci n'en ait autorisé la consultation. Ils demeurent toutefois accessibles pendant cinq ans dès leur archivage lorsque le requérant aurait pu y avoir accès auparavant en vertu de la LIPAD (art. 12 al. 1 à 4 LArch). Toute personne a par ailleurs le droit d'accéder aux données personnelles archivées qui la concernent dans la mesure où les archives sont classées par noms de personnes ou que des indications sont fournies permettant de rechercher ces données (art. 14 LArch.).

7. a. Conformément à l'art. 24 al. 1 et 2 LIPAD, toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi ; l'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents. La conservation et l'archivage des documents sont régis par la LArch (art. 29 al. 1 LIPAD). L'accès aux documents versés aux Archives d'Etat ou que des institutions sont chargées d'archiver elles-mêmes en lieu et place des Archives d'Etat est également régi par la LArch (art. 29 al. 1 LIPAD).
8. a. En l'espèce, il n'est pas contesté que Mme R_____ a eu accès à son dossier médical complet et qu'une copie intégrale lui en a été délivrée. Le litige porte ainsi exclusivement sur le sort du dossier médical original réclamé par Mme R_____, dont les HUG ont refusé la restitution malgré la recommandation en ce sens du Préposé, lequel a en outre préconisé la destruction des données informatiques correspondantes.
- b. Le neurologue qui a suivi Mme R_____ de 1999 à 2010, quand bien même il a exercé une pratique privée, l'a effectuée au sein des HUG, soit un établissement public cantonal soumis à la LArch (art. 1 al. 1 let. b ch. 4). Il en découle que le dossier médical de Mme R_____ a le statut d'archives au sens de l'art. 2 al. 1 et 2 LArch. Sa conservation a en effet contribué à documenter l'activité du praticien concerné au sein des HUG, à assurer la continuité du traitement et à sauvegarder les intérêts légitimes de Mme R_____. Ce dossier médical a en outre une valeur juridique indéniable, du point de vue des assurances sociales et du droit de la responsabilité, notamment.

c. De 1999 à 2010, soit durant la période où Mme R_____ était traitée au sein des HUG, son dossier médical a eu le statut d'archive administrative. Il était en effet nécessaire à l'expédition des affaires courantes au sein de l'institution. La question se pose de savoir si ce dossier a acquis le statut d'archive historique à partir du moment où Mme R_____ n'a plus été suivie au sein des HUG. Tel est le cas s'il avait une valeur archivistique (art. 3 al. 4 LArch.), ce qui est déterminé par les Archives d'Etat en collaboration avec les institutions publiques (art. 8 al. 1 LArch).

d. Au mois d'août 2008, les HUG et les Archives d'Etat ont conclu une convention relative à la conservation et à la destruction des dossiers médicaux des HUG à teneur de laquelle la destruction des dossiers médicaux postérieurs à l'année 1950 est autorisée de façon permanente, après un délai de conservation de vingt années à dater du dernier passage du patient. Font exception les dossiers qui de l'avis du corps médical présentent un intérêt pour la recherche et l'enseignement et les dossiers médicaux des patients dont le nom de famille à la naissance commence par la lettre « B », qui seront archivés aux Archives d'Etat dans leur intégralité étant précisé que dès l'année 1981, dernier passage du patient, cet échantillonnage ne sera effectué que sur les années paires et le solde des documents détruits.

e. Il découle de la convention conclue entre les HUG et les Archives d'Etat que les dossiers médicaux des patients des HUG qui ne sont plus utiles à l'expédition des affaires courantes présentent une valeur archivistique. Selon cette convention, ils doivent en effet être conservés au minimum vingt ans après le dernier passage du patient. Ces dossiers constituent dès lors des archives historiques au sens de l'art. 3 al. 6 LArch.

f. Il résulte de ce qui précède que le dossier de Mme R_____ est une archive historique des HUG. Ceux-ci en sont propriétaires. Ils doivent le conserver et ne pourront a priori le détruire que vingt années après le dernier passage de Mme R_____ (art. 5 al. 3 et 6 al. 1 et 2 LArch). C'est ainsi à juste titre que les HUG ont refusé de lui restituer l'original de son dossier médical et de détruire le dossier informatique correspondant.

9. Le recours du Préposé sera ainsi rejeté.

10. Conformément à la jurisprudence de la chambre de céans, aucune indemnité ne sera allouée aux HUG (art. 87 LPA ; ATA/117/2013). Il ne sera pas perçu d'émolument.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 8 décembre 2011 par le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence contre la décision des Hôpitaux Universitaires de Genève du 21 octobre 2011 ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

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

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 ;

communiqua le présent arrêt au Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence, à Me Pierre Martin-Achard, avocat des Hôpitaux Universitaires de Genève, ainsi qu'à Madame R_____.

Siégeants : M. Thélin, président, MM. Dumartheray et Verniory, juges, M. Bonard et Mme Chirazi, juges suppléants.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :