



Berne, le 11 mai 2016

**Recommandation
selon l'art. 14 de la loi sur la transparence
concernant la procédure de médiation entre**

**X
(demandeur)**

et

Département fédéral des affaires étrangères DFAE

I. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence constate :

1. Le 22 décembre 2014, le demandeur (journaliste) a posé les questions suivantes au Service Information DFAE, en lien avec les votes de la Suisse à la 3^{ème} Commission de l'Assemblée générale de l'Organisation des nations unies (ONU) concernant la résolution (A/RES/69/160) intitulée « Lutte contre la glorification du nazisme, du néonazisme et d'autres pratiques qui contribuent à alimenter les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée » :
 - « *Je souhaite savoir qui décide des votes de la Suisse à la Commission de l'Assemblée générale de l'ONU, ou comment se prennent ces décisions.*
 - *J'aimerais plus précisément savoir qui a décidé de l'abstention de la Suisse, le 21 novembre, lors du vote de la résolution L56 visant à "lutter contre la glorification du nazisme, du néonazisme, (...) etc."*
 - *J'aimerais également savoir la raison pour laquelle la Suisse ne condamne pas le nazisme. »*
2. Le 23 décembre 2014, le Service Information DFAE a répondu en allemand à ces questions. Simultanément, il a transmis au demandeur la déclaration conjointe remise par la Suisse, le Liechtenstein et l'Islande à l'occasion du vote onusien correspondant.
3. Sur ce, le demandeur a posé sept questions par courriel daté du 30 décembre 2014 et répété les trois questions posées le 22 décembre 2014. Dans cette demande, il s'est explicitement référé à la loi sur la transparence (LTrans, RS 152.3) : « *Aux yeux de la Loi sur la transparence [...] sommes-nous autorisés à consulter les documents officiels de l'administration fédérale relatifs à la résolution L56 (Lutte contre la glorification du nazisme, du néonazisme et d'autres pratiques...), notamment les réponses des organismes compétents à la procédure de consultation ?* »
4. Le Service Information DFAE a répondu par courriel daté du 13 janvier 2015 et fourni des explications détaillées sur les enjeux pour la Suisse, la position de celle-ci, le processus de consultation interne et la suite des opérations, dans le contexte de la résolution en question.



5. Le demandeur a alors pris position par courriel daté du 21 janvier 2015 et posé plus de douze questions supplémentaires, tout en répétant les questions posées précédemment. Il s'est à nouveau référé à la LTrans.
6. Sur ce, le Service Information DFAE a proposé d'organiser un entretien, qui a eu lieu le 16 mars 2015 et a réuni le demandeur, un de ses collègues, l'ambassadeur en charge du dossier et le chef de l'information du DFAE.
7. Par courriel daté du 3 juin 2015, le demandeur a fait savoir au Service Information DFAE qu'il attendait encore les renseignements suivants :
 - « *Je souhaite savoir qui décide des votes de la Suisse à la Commission de l'Assemblée générale de l'ONU.*
 - *Nom de la personne du Lichtenstein qui a expliqué, à l'ONU, la position de la Suisse ainsi que les modalités de consultation du dossier des consultations relatives à cette résolution.* »
8. Par courriel daté du 4 juin 2015, le Service Information DFAE a fait parvenir trois documents « *off record* » (un document accompagné de deux annexes)¹ au demandeur.
9. Le 17 juin 2015, le demandeur a publié l'article « *Etrange : la Suisse ne condamne pas le nazisme à l'ONU* ». Le même jour, il a déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé) (1^{re} demande en médiation).
10. Par lettre du 22 juin 2015 le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et, le même jour, a informé le Service Protection des données, transparence et sécurité de l'information DFAE (ci-après Service Transparence DFAE) du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai de dix jours pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position détaillée.
11. Le 31 août 2015, le Service Information DFAE a signalé notamment l'absence de demande d'accès et fait savoir qu'il n'existait pas non plus de motif pour déposer une demande en médiation. Simultanément, il a communiqué au Préposé le document et les deux annexes « *off record* » que le Service Information DFAE avait fournis au demandeur.
12. Par appel téléphonique du 18 septembre 2015, le Préposé a demandé au DFAE de lui communiquer les courriels échangés entre le Service Information DFAE et le demandeur durant les mois de mars à juin 2015. Le Service Transparence DFAE a déclaré à cet effet qu'il avait envoyé au Préposé tous les documents dont le DFAE disposait encore.
13. À la demande du Préposé, le demandeur a fourni les courriels correspondants, ainsi que les documents « *off record* » qui lui avaient été communiqués par le Service Information DFAE. En même temps, il a récapitulé sa requête en six points.
14. Par courriel daté du 24 septembre 2015, le Préposé a communiqué cette récapitulation du demandeur au Service Transparence DFAE en informant ce dernier que, selon son appréciation de la situation, il y avait bel et bien eu une demande d'accès basée sur la LTrans ; le Préposé a en outre prié le DFAE de reprendre le dossier et de répondre de bonne foi à la requête et aux diverses questions du demandeur.
15. Par courriel daté du 5 novembre 2015, le Service Transparence DFAE s'est prononcé sur la requête d'accès soumise par le demandeur, en refusant partiellement l'accès aux documents requis et en lui communiquant les versions en français et en anglais de la résolution publiée du 5 février 2015 (A/RES/69/160).

¹ Cf. à cet égard ch. 30.



16. Le 18 novembre 2015, le demandeur a déposé une nouvelle demande en médiation auprès du Préposé (2^e demande en médiation). Il y renouvelle ses requêtes, de même que les questions posées précédemment.
17. Par lettre du 23 novembre 2015, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et, par courriel daté du 20 novembre 2015, il a informé le Service Information DFAE du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai de dix jours pour lui transmettre les documents concernés, ainsi qu'une prise de position détaillée.
18. Le 15 janvier 2016, le DFAE a pris position et maintenu son refus partiel d'accorder l'accès aux documents requis. Il a allégué qu'il s'agit de documents n'ayant pas atteint leur stade définitif d'élaboration selon l'art. 5, al. 3, let. b, LTrans, qu'il s'agit de documents officiels exprimant une prise de position dans le cadre de négociations en cours ou futures (art. 8, al. 4, LTrans) et qu'une éventuelle divulgation de ces documents risquerait de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales (art. 7, al. 1, let. d, LTrans).
19. Les allégations du demandeur et du DFAE, ainsi que les documents déposés, sont pris en considération, dans la mesure où cela s'avère nécessaire, dans les considérants ci-après.

II. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence considère ce qui suit :

A. Considérants formels : Médiation et recommandation selon l'art. 14 LTrans

20. Le demandeur a déposé une demande d'accès selon l'art. 10 LTrans auprès du DFAE et a reçu une réponse (partiellement) négative. Étant partie à la procédure préliminaire de demande d'accès, il est légitimé à déposer une demande en médiation (art. 13, al. 1, let. a, LTrans). Sa demande a été remise selon la forme prescrite (forme écrite simple) et dans le délai légal (20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité) au Préposé (art. 13, al. 2, LTrans).
21. La procédure de médiation peut se dérouler par écrit ou par oral (en présence de tous les intéressés ou de certains d'entre eux), sous l'égide du Préposé. C'est à lui qu'il incombe de fixer les modalités². Si la médiation n'aboutit pas ou si aucune solution consensuelle n'est envisageable, le Préposé est tenu par l'art. 14 LTrans de formuler une recommandation fondée sur son appréciation du cas d'espèce.

B. Considérants matériels

22. Selon l'art. 12, al. 1, de l'ordonnance sur la transparence (OTrans, RS 152.31), le Préposé examine la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité. Il peut ainsi vérifier dans le cadre de la procédure de médiation si l'autorité a traité la demande d'accès conformément à la loi. Ainsi, le Préposé vérifie notamment si, dans le cadre d'une demande d'accès, l'autorité compétente a correctement appliqué les dispositions relatives à la notion de document officiel (art. 5 LTrans) et les clauses d'exception (art. 7 et 8 LTrans), ainsi que les dispositions relatives à la protection des données personnelles (art. 9 LTrans). Par ailleurs, il peut examiner, pour tous les domaines dans lesquels la LTrans confère un certain pouvoir

² Message relatif à la loi fédérale sur la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans) du 12 février 2003, FF 2003 1807 (cité : FF 2003), F 2003 1865.



d'appréciation à l'autorité (par ex. les modalités d'accès à des documents officiels) si la solution retenue par l'autorité est adéquate et proportionnée au vu des circonstances du cas d'espèce. Le Préposé peut faire des propositions dans le cadre de la procédure de médiation (art. 12, al. 2, OTrans) ou, le cas échéant, émettre une recommandation (art. 14 LTrans)³.

23. Il faut relever immédiatement qu'en vertu de l'art. 6, al. 1, LTrans, un demandeur a également le droit d'obtenir des renseignements sur le contenu de documents officiels⁴. Le Tribunal administratif fédéral (TAF) a précisé à cet égard qu'un traitement différencié des demandes d'information concernant un document et des demandes de consultation d'un document ne se justifie pas⁵. Il en résulte que les questions posées par un demandeur doivent être traitées de la même manière que les demandes d'accès. Le demandeur ne doit donc pas même se référer explicitement à la LTrans, comme il l'a fait dans son deuxième courriel, daté du 30 décembre 2014. Il peut en outre partir du principe que ses demandes seront traitées en conséquence par les services compétents. Le DFAE aurait donc déjà dû traiter les questions du 22 décembre 2014 comme une demande d'accès selon la LTrans.
24. Conformément à l'art. 12, al. 4, LTrans, l'autorité peut certes se contenter d'une motivation sommaire lorsque le droit d'accès est refusé. La décision et la motivation de l'autorité – tout au moins dans leur principe – doivent toutefois être compréhensibles pour le demandeur⁶.
25. Bien que le Préposé, dans le cadre de la première demande en médiation, ait enjoint au DFAE de reconsidérer la demande d'accès et de répondre aux questions posées par le demandeur, le DFAE, dans sa prise de position du 5 novembre 2015 adressée au demandeur, s'est une nouvelle fois abstenu de traiter les questions soumises par celui-ci. Pour motiver son refus du droit d'accès, il s'est contenté de renvoyer aux art. 5, al. 3, let. b, 7, al. 1, let. d, et 8, al. 4, LTrans, en indiquant globalement que ces trois dispositions juridiques étaient applicables à toutes les questions et requêtes du demandeur. Aux yeux du Préposé, il est toutefois difficile de discerner quelles dispositions de la LTrans sont censées s'appliquer à quels documents et à quelles demandes et sur quoi repose leur applicabilité.
26. *Conclusion intermédiaire : le Préposé retient que le DFAE n'a pas traité la demande d'accès conformément aux dispositions de la LTrans. En particulier, il n'a pas respecté l'obligation de motiver sommairement sa prise de position prévue à l'art. 12, al. 4, LTrans.*
27. Dans le cadre de l'obligation de collaborer à la médiation, l'autorité doit fournir une motivation détaillée au Préposé (art. 12b OTrans). En ce qui concerne le degré d'exhaustivité de la motivation, le Préposé renvoie à la jurisprudence du TAF, selon lequel des considérations générales ou de principe ne sont normalement pas suffisantes pour refuser un droit d'accès. Une motivation spécifique est au contraire requise, ce qui n'exclut pas, par contre, de recourir dans la motivation à des analogies avec des états de fait comparables, afin de respecter le principe de l'économie de procédure⁷.
28. Dans ses prises de position des 15 janvier et 31 août 2015, le DFAE s'est contenté de répéter globalement au Préposé les raisons exposées au demandeur pour lui refuser l'accès, à savoir l'invocation des art. 5, al. 3, let. b, 7, al. 1, let. d, et 8, al. 4, LTrans, et n'a donc pas fourni de

³ GUY-ECABERT, in : Brunner/Mader (Eds.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), n°8 ad art. 13.

⁴ Cf. également à cet égard : [Recommandation du PFPDT du 4 février 2016 : Informatiksteuerungsorgan des Bundes / IKT-Grossprojekte Studie IWI HSG vom 30. Oktober 2014](#), ch. 14.

⁵ Cf. arrêt du TAF A-1200/2012 du 27 novembre 2012, consid. 4.3.2.2.

⁶ PARTSCH/BOURESH/BEHND/SCHNEIDER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (cité: BSK BGÖ), 3^e éd., Bâle 2014, n°60 ad art. 12, avec renvoi à diverses recommandations du Préposé.

⁷ Cf. arrêt du TAF A-7405/2014 du 23 novembre 2015, consid. 6.3.



prise de position différenciée, élément par élément. Dans sa motivation, il n'a pas distingué non plus entre, d'une part, les documents officiels existants et, d'autre part, les renseignements demandés concernant les informations contenues dans des documents officiels. Dans le cas présent, le DFAE n'a en outre pas fourni tous les documents. Par ailleurs, le Préposé a dû se procurer auprès du demandeur une partie des documents, à savoir la correspondance électronique litigieuse échangée entre le demandeur et le Service Information DFAE durant les mois de mars à juin 2015. Dans ce contexte, il convient de rappeler qu'il n'appartient pas à une autorité de décider quels sont les documents auxquels le Préposé peut avoir accès dans le cadre d'une procédure de médiation. Pour qu'il puisse examiner si une autorité a correctement traité une demande d'accès, le Préposé doit pouvoir se faire une idée personnelle et complète de tous les documents existants liés à une demande d'accès, y compris donc des documents que l'autorité ne considère pas comme achevés. C'est la raison pour laquelle il a également accès aux documents officiels secrets (art. 20 LTrans et 12b OTrans). Si ce n'était pas le cas, l'autorité pourrait décider de l'applicabilité de la LTrans et soustraire certains documents à l'examen du Préposé⁸.

29. *Conclusion intermédiaire : le préposé retient que le DFAE n'a pas respecté en l'espèce son obligation, prévue à l'art. 12b OTrans, de collaborer à la médiation.*
30. Le 16 mars 2015, un entretien a réuni le Service Information DFAE et le demandeur. Le Préposé ignore tout du contenu, du résultat et des modalités de cet entretien. Le dossier permet uniquement de conclure que le Service Information DFAE a ensuite fourni trois documents « *off record* » au demandeur, le 4 juin 2015. En règle générale, on entend par « *off record* » qu'il s'agit d'informations officieuses, non destinées à la publication. D'après le message relatif à la LTrans, l'autorité peut, dans des cas particuliers, assortir sa décision d'une charge⁹. Il semblerait que le demandeur ait acquiescé, sur le moment, à cette forme de transmission d'informations. Il a néanmoins la possibilité de faire examiner, dans le cadre d'une procédure d'accès à des documents officiels, si ces documents transmis « *off record* » sont publiquement accessibles ou non d'après les dispositions de la LTrans.
31. Il convient tout d'abord de déterminer quel est l'objet de la présente procédure de médiation. Après que le demandeur a soumis trois questions au Service Information DFAE le 22 décembre 2014, il en a posé plusieurs autres au DFAE. En même temps que sa demande en médiation du 18 novembre 2015, il a encore adressé des questions et requêtes supplémentaires au Préposé. Ces dernières ne sont toutefois pas comprises dans la demande d'accès ni dans la présente procédure de médiation (ch. 32).
32. Dans la procédure de demande d'accès à des documents officiels, l'objet de la procédure est déterminé par la demande d'accès. L'extension d'une demande d'accès en cours de procédure n'est possible qu'avec l'assentiment de l'autorité. Dès lors qu'une autorité refuse d'accepter des demandes supplémentaires, elle doit traiter chaque nouvelle demande comme une demande d'accès indépendante et faire clarifier ou préciser l'objet de la procédure, ce qui implique aussi qu'elle doit respecter les dispositions de la LTrans à l'égard de chaque demande.
33. Dans la mesure où une autorité estime ne pas être en mesure d'identifier les documents concernés, elle peut inviter le demandeur à préciser sa demande (art. 7, al. 3, OTrans). Un autre aspect de la question est celui de la concrétisation ou de la circonscription d'une demande considérée par l'autorité comme trop vaste au regard du contenu ou du temps nécessaire, de façon à réduire la charge de travail (et le cas échéant, les émoluments)

⁸ SCHWEGLER, BSK BGÖ, n°17 ad art. 20.

⁹ FF 2003 1847.



qu'entraîne le traitement de la demande¹⁰. Dans les deux cas, l'autorité doit, en vertu de l'art. 3, al. 1, OTrans, assister le demandeur dans ses démarches et le renseigner sur les documents officiels accessibles, par exemple en lui fournissant la liste des documents existants. Le point décisif réside toutefois dans le fait que c'est aux demandeurs, et non à l'autorité, qu'il appartient de déterminer l'étendue de la demande d'accès¹¹.

34. Sur la base des questions posées, le DFAE a été en mesure d'identifier les documents et l'affaire administrative concernés. Il s'est prononcé chaque fois sur les nouvelles questions du demandeur, sans toutefois jamais l'assister, conformément à l'art. 3, al. 1, OTrans, dans sa recherche d'informations, ne serait-ce que pour circonscrire la matière de la demande d'accès. Il en est résulté un vaste catalogue de questions qui fait maintenant partie de la présente procédure de médiation.
35. Le DFAE ne lui ayant fourni, dans le cadre de la procédure de médiation, ni la liste ni la totalité des documents concernant l'affaire en cause (y compris ceux qui ont été qualifiés de non achevés), le Préposé n'a pas pu, au total, se faire une idée personnelle de ces documents et de la demande d'accès.
36. *Conclusion intermédiaire : le Préposé ne peut pas dire précisément quels sont les documents concernés par la procédure de médiation. De ce fait, il ne peut juger concrètement pour chaque question et chaque document si la LTrans est applicable ou non et si le principe de la présomption d'accès a pu être réfuté par le DFAE. Le Préposé ne se prononce par conséquent ci-après que sur les raisons invoquées par le DFAE pour refuser l'accès et formule ensuite sa recommandation concernant la suite à donner à la procédure.*
37. De l'avis du DFAE, les documents requis par le demandeur ne doivent pas être considérés comme des documents officiels, en vertu de l'art. 5, al. 3, let. b, LTrans. Le DFAE fonde également son rejet de la demande d'accès sur l'art. 7, al. 1, let. a, LTrans (qui traite de la protection de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité), sans toutefois se référer explicitement cette norme d'exception. Il expose ce qui suit : « *Il convient de noter que si le détail des arguments discutés au sein du DFAE tantôt en faveur et tantôt en défaveur de la résolution, devaient être rendus public, la Suisse ne serait plus en mesure de se forger une opinion objective sur les intérêts en jeu sans subir une influence extérieure, ce qui entre en contradiction avec la volonté du législateur de préserver la liberté dont doit jouir une autorité afin de se forger une opinion et prendre une décision sur un sujet donné. Il sied de constater que si, contre toute attente, ces documents devaient être considérés comme des documents officiels auquel la LTrans s'appliquait, le contenu porte sur le déroulement de la négociation de la résolution dont il est question et la position de vote suisse.* »
38. La LTrans ne s'applique qu'aux documents officiels selon l'art. 5 LTrans. Ces documents doivent être disponibles dans leur version définitive, c'est-à-dire qu'ils doivent être achevés. L'art. 5, al. 3, let. b, LTrans prévoit que les documents « qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration » ne sont pas des documents officiels. La raison en est que, dans ce cas-là, l'administration doit disposer d'une certaine marge de manœuvre pour pouvoir développer ses projets avec la liberté nécessaire. Il s'agit en outre d'éviter les méprises, ambiguïtés et autres inconvénients qui peuvent résulter de la divulgation d'un projet de document. D'après le message relatif à la LTrans, l'exception prévue pour les documents inachevés doit être abordée sous le même angle que la protection de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une

¹⁰ Cf. arrêt du TAF A-7405/2014 du 23 novembre 2015, consid. 6.4.1.

¹¹ Arrêt du TAF A-3631/2009 du 15 septembre 2009, consid. 4 ; cf. à cet égard : [Recommandation du PFPDT du 14 janvier 2016: armasuisse / Verhandlungen Zeughaus Uster](#), ch. 16 ss et 30.



autorité (art. 7, al. 1, let. a, LTrans) : l'administration doit pouvoir, dans la mesure du possible, forger son opinion de manière sereine¹².

39. La notion de « document inachevé » est un concept juridiquement indéterminé. L'interprétation de l'art. 5 LTrans découle des principes énoncés dans la LTrans¹³. À titre d'exemples de documents inachevés, le message cite notamment les textes raturés ou annotés de manière manuscrite ou électronique avant leur correction définitive, la version provisoire d'un rapport, l'esquisse d'un projet, les brouillons de séance et les ébauches de textes¹⁴. L'art. 1, al. 2, OTrans contient des indications supplémentaires, aux termes desquelles un document a atteint son stade définitif d'élaboration lorsque l'autorité dont il émane l'a signé ou que son auteur l'a définitivement remis au destinataire, notamment à titre d'information ou pour que celui-ci prenne position ou une décision. La remise est présumée définitive lorsque l'autorité responsable a définitivement soumis un projet au Conseil fédéral sous forme de proposition. Par contre, la circulation d'un document au sein d'une équipe ou entre chefs ou collaborateurs en vue de le corriger, compléter ou finaliser ne constitue pas une remise définitive¹⁵.
40. L'argument du DFAE selon lequel aucun des documents en rapport avec la résolution en question A/RES/69/160 ne serait achevé a pour résultat que tous les documents liés à cette affaire administrative sont exclus du champ d'application de la LTrans. Il faut relever en outre que ni l'ampleur ni la complexité d'une affaire administrative ne sont déterminantes, mais que tout repose sur la notion de document¹⁶. Seul compte le fait qu'un document particulier contenu dans un dossier remplit ou non les conditions qui en font un document officiel selon l'art. 5, al. 1, LTrans¹⁷. Avancer en bloc qu'aucun document lié à une affaire administrative donnée n'est achevé ne constitue donc pas un argument convaincant.
41. *Conclusion intermédiaire : N'ayant pas reçu la totalité des documents liés à l'affaire administrative en question, le Préposé ne peut pas juger quels sont les documents qui remplissent les critères fixés à l'art. 5, al. 1 et 2, LTrans et quels sont ceux qui ne les remplissent pas.*
42. Pour les documents qui seraient considérés comme officiels, le DFAE invoque l'applicabilité de deux motifs d'exception, à savoir les art. 7, al. 1, let. d, et 8, al. 4, LTrans.
43. Une exception en vertu de l'art. 7, al. 1, LTrans doit être considérée comme effective lorsque l'autorité peut faire état d'un dommage potentiel. Deux conditions sont à observer : il faut d'une part qu'une divulgation risque de porter assez sérieusement atteinte à un intérêt digne d'être protégé ; d'autre part, la probabilité de voir l'atteinte se produire doit être élevée. Le dommage doit donc se produire selon le cours ordinaire des choses et ce, avec une forte probabilité. En cas de doute, il convient de se prononcer en faveur de l'accès¹⁸. Les exigences auxquelles doit satisfaire la preuve de l'existence d'un risque de dommage doivent être fixées au cas par cas sur la base des circonstances concrètes. Une preuve minimale peut suffire lorsque les motifs de la décision sont évidents¹⁹. Au demeurant, conformément au principe de la proportionnalité, l'accès ne peut pas simplement être refusé lorsqu'un document demandé contient des informations non accessibles en vertu du catalogue d'exceptions inscrit à l'art. 7 LTrans. Il faut

¹² FF 2003 1840.

¹³ Arrêt du TAF A-7045/2014 du 23 novembre 2015, consid. 5.1.1.

¹⁴ FF 2003 1840 ss.

¹⁵ NUSPLIGER, Handkommentar BGÖ, n°30 ss ad art. 5.

¹⁶ NUSPLIGER, Handkommentar BGÖ, n°5 ad art. 5.

¹⁷ Cf. à cet égard : [Recommandation du PFPDT du 14 janvier 2016 : armasuisse / Verhandlungen Zeughaus Uster](#), ch. 21.

¹⁸ Cf. arrêt du TAF A-6291/2013 du 28 octobre 2014, consid. 7.

¹⁹ Cf. arrêt du TAF A-6377/2013 du 12 janvier 2015, consid. 3.3.



au contraire prévoir un accès restreint, c'est-à-dire limiter l'accès à celles des informations contenues dans le document qui ne doivent pas être tenues secrètes²⁰.

44. Le DFAE a expliqué que la divulgation des informations demandées compromettrait les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales (art. 7, al. 1, let. d, LTrans). Il expose ce qui suit : *« Il s'avère que la position de la Suisse s'inscrit dans une position qui concerne également des Etats tiers et qui fait l'objet d'une réévaluation annuelle. Il n'est pas d'emblée exclu qu'une publication des documents pourrait impliquer une mise en danger des relations bilatérales de la Suisse avec les Etats concernés au sens de l'article 7, al. 1, lit. d, LTrans. En effet, les commentaires sur les positions des autres pays (ex. EU, US, RU), ainsi que sur les démarches qu'ils entreprennent relèvent des échanges diplomatiques usuels qui ne sont pas censés être transmis au public [...]. Le DFAE a pour l'heure renoncé à consulter ces Etats tiers. De toute manière une consultation impliquerait de facto que la Suisse devrait transmettre aux Etats tiers concernés les commentaires qu'elle fait sur la position de ces même Etats tiers justement. La marge de manœuvre diplomatique de la Suisse sur le parquet international dans le cadre de ce sujet donné serait ainsi réduite à néant. »*
45. Dans ce contexte, le DFAE se prévaut excipe également de l'art. 8, al. 4, LTrans. Il expose que *« [...] cette résolution fait, depuis de nombreuses années l'objet d'un réexamen annuel devant l'Assemblée générale des Nations Unies. Les informations contenues dans les échanges d'informations intervenant, notamment entre la Centrale à Berne et la Mission suisse à New York, permettent à la Suisse de préparer la position à représenter dans le cadre des négociations annuelles de cette résolution. La LTrans précise clairement en son art. 8, al. 4, que l'accès des documents exprimant une prise de position – en l'espèce non définitive cf. point précédent – dans le cadre de négociations en cours ou futures est dans tous les cas exclu. »*
46. L'atteinte portée aux relations internationales, visée à l'art. 7, al. 1, let. d, LTrans, peut résulter *directement* de la divulgation d'informations confidentielles relatives à la politique extérieure ou *indirectement* en irritant un État du fait de la publication d'informations le concernant, lui ou ses ressortissants (particuliers ou entreprises)²¹. En la matière, l'art. 8, al. 4, LTrans doit également être pris en considération. Il prévoit que l'accès à des documents officiels exprimant une prise de position dans le cadre de négociations (internationales) en cours ou futures est exclu dans tous les cas. Cette disposition s'applique tout particulièrement aux traités internationaux. Dans ce domaine, il serait problématique qu'une des parties soit contrainte de jouer cartes sur table. L'art. 8, al. 4, LTrans ne protège toutefois que la *stratégie de négociation*. Il faut éviter de révéler trop tôt aux autres parties le mandat de négociation, la marge de manœuvre des négociateurs et d'autres circonstances accessoires. Le risque invoqué ne doit cependant pas porter sur le *résultat attendu des négociations*. Le critère décisif est bien plutôt celui de savoir si l'information demandée est susceptible d'*affaiblir la position de départ de la Suisse dans les négociations à venir* et donc de compromettre ses intérêts en matière de politique extérieure et ses relations internationales²². Dès que les négociations sont terminées, le régime ordinaire du principe de transparence s'applique à nouveau²³.
47. Fondamentalement, le Préposé est d'avis que les art. 7, al. 1, let. d, et/ou 8, al. 4, LTrans pourraient s'appliquer aux documents concernés. Le DFAE s'est toutefois contenté de présenter un argument global concernant la totalité de l'affaire administrative en question et n'a pas procédé à une évaluation séparée de chaque document et de chaque demande. Il n'a pas

²⁰ Arrêt du TAF A-1784/2014 du 30 avril 2015, consid. 6.2.2.

²¹ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, n°31 ad art. 7.

²² Arrêt du TAF A-1784/2014 du 30 avril 2015, consid. 6.3.2 ss.

²³ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar zum BGÖ, n°33 ad art. 7.



exposé avec la rigueur requise comment les dispositions légales invoquées s'appliquent en détail. Il n'a donc pas été en mesure de montrer au Préposé comment la divulgation des informations demandées affaiblirait, selon le cours ordinaire des choses et très probablement, la position de départ de la Suisse lors du prochain vote de l'ONU sur le sujet et compromettrait de ce fait les intérêts en matière de politique extérieure de la Suisse ou ses relations internationales. En outre, le Préposé ne distingue pas clairement dans quelle mesure les art. 7, al. 1, let. d, et/ou 8, al. 4, LTrans s'appliquent.

48. Même s'il était possible d'approuver les deux motifs d'exception, un refus global de tout accès aux documents demandés serait incompatible avec le principe de la proportionnalité et avec le but fondamental de la LTrans, qui est de promouvoir la transparence quant à l'activité de l'administration²⁴. En ce sens, il faut également prendre en considération l'argument du demandeur selon lequel « *les citoyens suisses ont le droit de connaître les motivations de leur pays, de leurs autorités, - et non pas seulement les appréciations des journalistes - pour refuser d'adopter une si importante et emblématique résolution devant l'Organisation des Nations Unies* ». L'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral des affaires étrangères (RS 172.211.1) donne d'ailleurs, à l'art. 1, al. 2, let. d, pour objectif au DFAE de sensibiliser la population aux thèmes de la politique extérieure et à leurs effets sur la Suisse.
49. *En conclusion, le Préposé estime que le DFAE n'a, en l'espèce, pas traité la demande d'accès conformément aux dispositions de la LTrans. En outre, le DFAE ne lui a pas démontré pour quelle raison les différents documents ne seraient pas des documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans. Il ne lui a pas fourni non plus de motifs suffisants pour justifier l'applicabilité des art. 7, al. 1, let. d, et/ou 8, al. 4, LTrans. Enfin, il n'a pas suffisamment tenu compte du principe de la proportionnalité. Par conséquent, le Préposé recommande au DFAE de réexaminer la demande d'accès à la lumière des dispositions de la LTrans.*

III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande ce qui suit :

50. Le DFAE réexamine la demande d'accès. Il fournit au préalable au demandeur la liste de tous les documents présents dans le dossier relatif à la résolution (A/RES/69/160) intitulée « *Lutte contre la glorification du nazisme, du néonazisme et d'autres pratiques qui contribuent à alimenter les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée* », en lui demandant de lui faire savoir quels sont les documents dont il veut prendre connaissance.
51. Le DFAE accorde l'accès aux documents requis par le demandeur ou le renseigne, conformément à ses demandes, sur le contenu de documents officiels, dans la mesure où les documents existants fournissent des réponses à cet égard, ou alors il motive son refus (partiel) de l'accès, dans le respect des dispositions de la LTrans.
52. En cas de refus (partiel) de l'accès, il communique sa prise de position au demandeur par décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021).
53. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, le demandeur peut, s'il n'est pas d'accord avec la présente recommandation du Préposé, requérir que le DFAE rende une décision selon l'art. 5 PA (art. 15, al. 1, LTrans).

²⁴ Arrêt du TAF A-3220/2015 du 22 février 2015, consid. 7.7.1.



54. Le DFAE, s'il n'est pas d'accord avec la présente recommandation du Préposé, rend une décision selon l'art. 5 PA (art. 15, al. 2, LTrans).
55. Il rend sa décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation ou de la requête de décision (art. 15, al. 3, LTrans).
56. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, le nom du demandeur est anonymisé (art. 13, al. 3, OTrans).
57. La recommandation est notifiée à :
 - Recommandé (R) avec avis de réception
X
[Demandeur]
 - Recommandé (R) avec avis de réception
Département fédéral des affaires étrangères DFAE
3003 Berne

Jean-Philippe Walter