



Berne, le 25 mars 2013

## **Recommandation**

**émise au titre**

**de l'art. 14  
de la loi fédérale  
sur le principe de la transparence  
dans l'administration  
concernant la demande en médiation introduite**

**X  
(demandeur)**

**contre**

**l'Office fédéral de la justice (OFJ)**

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

1. Conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3), le demandeur (journaliste) a déposé, par courrier électronique du 27 janvier 2011 adressé à l'Office fédéral de la justice (OFJ), une demande d'accès concernant la mise au concours en 2010 du poste de juge au titre de la Suisse auprès de la Cour européenne des droits de l'homme et la procédure de recrutement et de sélection des trois candidats présentés par la Suisse à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en vue de l'élection. Le demandeur a requis l'accès aux informations et documents suivants :
  - a. *Combien de candidats ont postulé ;*
  - b. *Comment s'est déroulé le processus de recrutement puis de sélection des candidats ;*
  - c. *La liste des candidats qui ont postulé ;*
  - d. *L'annonce de recrutement ;*
  - e. *Les documents relatifs aux protocoles de recrutement puis de sélection ;*
  - f. *Les documents transmis à l'Assemblée parlementaire en vue de l'élection du nouveau juge au titre de la Suisse, y compris les cv des trois candidats.*



2. Dans sa prise de position du 28 janvier 2011, l'OFJ a partiellement admis la demande d'accès (documents mentionnés au point 1, lettres a., b., d.). L'autorité a communiqué au demandeur certaines informations concernant le processus de recrutement et de sélection, le nombre de candidats ayant postulé ainsi que la liste des trois noms transmis au Panel consultatif d'experts pour l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme.
3. L'OFJ a premièrement transmis au demandeur :
  - une copie du texte des annonces publiées fin juin 2010 dans les éditions électronique et papier « *d'un quotidien des trois régions linguistiques (Neue Zürcher Zeitung, Le Temps, Il Corriere del Ticino [...] ainsi que sur plusieurs bourses d'emploi sur internet* », puis portée à la connaissance « *des Présidents et Présidentes du Tribunal fédéral et des Tribunaux supérieurs des Cantons, par courrier électronique, dans la deuxième quinzaine du mois d'août 2012* ».
  - des précisions quant au nombre de candidatures reçues, à savoir que 12 personnes ont postulé.
4. Deuxièmement, l'OFJ a communiqué au demandeur certaines précisions quant à la procédure de sélection. Le demandeur a reçu les informations suivantes, à savoir que :
  - le gouvernement a présélectionné 6 candidats en prenant en compte comme critères, outre les qualifications, « *le sexe (2 femmes, 4 hommes), l'aire linguistique (2 candidats de la Suisse romande, 4 de la Suisse alémanique) et le type de profession juridique représentée (représentants des domaines judiciaires et universitaires et du barreau)* ».
  - « *le gouvernement a ensuite transmis les dossiers des six personnes présélectionnées (de même que les noms des six autres candidats) à la Délégation parlementaire suisse auprès du Conseil de l'Europe (DCE) et à la Commission judiciaire (CJ) de l'Assemblée fédérale. Le 24 novembre 2010, ces six personnes ont passé une audition devant la DCE et la CJ réunies. Ces dernières, dans un vote secret, ont établi un classement, que le président de la DCE a communiqué au Conseil fédéral par une lettre du 29 novembre 2010 avec une évaluation des auditions* ».
  - sur cette base, le Conseil fédéral a adopté la liste des 3 candidats à l'élection présentés par la Suisse.
  - les autorités suisses ont transmis le 27 janvier 2011 « *la liste susmentionnée au Panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme* ». <sup>1</sup>
5. Le demandeur a déposé une nouvelle demande d'accès par courrier électronique du 4 février 2011. Il a indiqué à l'OFJ qu'il souhaitait obtenir deux documents et des informations complémentaires, à savoir:
  - g. *La liste des 12 candidats et le classement des 6e au 12e candidats ;*
  - h. *Qui a effectué/signé la décision de présélection de 6 candidats sur 12 ;*
  - i. *Si le vote avec classement porte sur l'ensemble des candidats ou sur les 6 présélectionnés ;*
  - j. *Si les 3 personnes présentées sont celles ayant obtenu le meilleur classement sur les 12 candidats, respectivement les 6 présélectionnés ;*

---

<sup>1</sup> Les noms des candidats ont été transmis dans l'ordre alphabétique, conformément aux règles applicables. Voir en particulier la Recommandation 1649 (2004) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les candidats à la Cour européenne des droits de l'homme ; la Résolution 1646 (2009) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la Nomination des candidats et l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, point 4.3.



k. *Quand la transmission des 3 candidats sera faite à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.*

6. L'OFJ a pris position le 7 février 2011. L'autorité a informé le demandeur qu'elle ne pouvait faire droit à sa requête d'une part pour des motifs de « *protection des données des personnes intéressées* » et d'autre part car « *les réunions, les délibérations, les votes, les procès-verbaux, etc. des commissions parlementaires ne sont pas publics* ». L'OFJ a cependant précisé que la décision de présélection a été effectuée conjointement par le Département des affaires étrangères (DFAE) et le Département fédéral de justice et police (DFJP) et que la transmission des candidature à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n'avait alors pas encore été fixée.
7. Par courriers électroniques des 18 et 25 février 2011, le demandeur a déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection de données et à la transparence (Préposé).
8. Le 10 mai 2011, le Préposé a informé par courrier électronique l'OFJ du dépôt de la demande en médiation et a imparté un délai de 10 jours à l'autorité pour lui transmettre une copie du dossier et une prise de position.
9. A la demande du Préposé, l'OFJ lui a fait parvenir le 18 mai 2011 une prise de position accompagnée d'une copie des documents officiels concernés. Conformément à l'art. 20 LTrans, le Préposé s'est vu remettre dans le cadre de la procédure de médiation un bordereau de pièces intitulé « *Liste der amtlichen Dokumente* ». L'OFJ n'a pas transmis au Préposé les procès-verbaux des séances de commissions parlementaires des 16 et 24 septembre 2010, ni les notes manuscrites se rapportant à la séance du 24 novembre 2010. Ainsi, le Préposé dispose d'une copie de 69 annexes alors que la liste établie par l'autorité mentionne 72 annexes.
10. Le Préposé a requis des précisions auprès de l'OFJ concernant la procédure de sélection, dans le cadre d'une conversation téléphonique survenue le 6 décembre 2012. L'OFJ a informé le Préposé que cette procédure constitue « *une pratique administrative non écrite* », intervenue en l'absence de mandat des commissions parlementaires, mais a refusé de confirmer ces informations par écrit.

## **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**

11. En vertu de l'art. 13 LTrans, toute personne peut déposer une demande en médiation lorsque sa demande d'accès à des documents officiels est limitée, différée ou refusée, ou lorsque l'autorité n'a pas pris position sur sa demande dans les délais impartis par la loi.
12. Le Préposé n'agit pas d'office, mais seulement sur la base d'une demande déposée par écrit.<sup>2</sup> Toute personne qui a pris part à une procédure de demande d'accès à des documents officiels est habilitée à introduire une demande en médiation. La forme écrite simple suffit. La demande doit spécifier que l'affaire est confiée au Préposé. Elle doit être remise dans les 20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité.

---

<sup>2</sup> FF 2003 1864.



13. Le demandeur a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de l'OFJ et a reçu une réponse partiellement négative. Etant partie à la procédure de demande d'accès, il est légitimé à déposer une demande en médiation. Celle-ci a été remise au Préposé selon la forme prescrite et dans le délai légal.
14. 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 modalités.<sup>3</sup>
15. 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**

16. Selon l'art. 12 al. 1 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans, 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 la demande d'accès a été traitée conformément à la loi par l'autorité. Ainsi, le Préposé vérifie notamment si l'autorité compétente dans le cadre d'une demande d'accès a correctement appliqué les dispositions relatives à la notion de document officiel (art. 5 LTrans) ainsi que la clause d'exception (art. 7 s. LTrans), ou les dispositions relatives à la protection des données personnelles (art. 9 LTrans). Par ailleurs, il peut examiner, pour tous les domaines dans lesquels la loi sur la transparence confère un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité (p.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).<sup>4</sup>
17. Les documents et informations requis par le demandeur concernent la mise au concours du poste de juge au titre de la Suisse auprès de la Cour européenne des droits de l'homme en 2010 et la sélection des trois candidats présentés par la Suisse à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

### Procédure de mise au concours et procédure de sélection

18. Les procédures de mise au concours et de sélection sont intervenues selon une pratique administrative non écrite, en l'absence de mandat des commissions parlementaires (cf. point 10) ; sous l'égide du Département fédéral de justice et police (DFJP) et du Département des affaires étrangères (DFAE), en collaboration avec la Chancellerie fédérale s'agissant du processus de recrutement.
19. Les 12 postulations reçues ont premièrement fait l'objet d'une présélection, approuvée le 24 septembre 2010 par la Conseillère fédérale alors en charge du Département fédéral de justice et police (DFJP).

---

<sup>3</sup> FF 2003 1865.

<sup>4</sup> CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, N 8.



20. La liste des 6 candidats présélectionnés ainsi que leur dossier respectif, accompagnés de la liste des 6 candidats non-sélectionnés ont dans un deuxième temps été transmis à la Délégation parlementaire suisse auprès du Conseil de l'Europe (DCE) et à la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale (CJ), toutes deux chargées de procéder à des auditions en commun.

A la suite de ces auditions, la DCE et la CJ ont établi un classement. Celui-ci a été communiqué par le Président de la DCE au Conseil fédéral par courrier du 29 novembre 2010.

21. Sur la base de la proposition adressée par l'Office fédéral de la justice, le Conseil fédéral a adopté le 26 janvier 2011 une liste de 3 candidats fondée sur le classement et l'évaluation établis conjointement par la DCE et la CJ. Cette liste a été transmise le 27 janvier 2011 au Panel consultatif d'experts pour l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme. Les candidats ont par la suite été entendus par ce panel qui a considéré que ces personnes remplissaient toutes les exigences de l'art. 21 (1) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et n'a formulé aucune objection ou réserve à leur égard.
22. Finalement, les documents ont été transmis à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en vue de l'élection, intervenue le 12 avril 2011.

#### **Champ d'application de la loi sur la transparence**

23. La loi sur la transparence s'applique, sous réserve des exceptions prévues à l'art. 2 al. 2 et 3 LTrans, à l'administration fédérale, aux organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale dans la mesure où ils édictent des actes ou rendent en première instance des décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) ainsi qu'aux services du Parlement (art. 2 al. 1 LTrans).
24. « *Le champ d'application personnel de la loi sur la transparence ne comprend ni l'Assemblée fédérale et ses organes (notamment les commissions parlementaires)* »<sup>5</sup>, ni le Conseil fédéral en tant qu'autorité collégiale. En revanche, lorsqu'un membre du Conseil fédéral agit en qualité de chef d'un département, il est soumis à la loi sur la transparence puisqu'il dirige l'administration.<sup>6</sup>
25. Les commissions parlementaires et les délégations comptent parmi les organes de l'Assemblée fédérale (art. 31 lit. 6 de la loi sur l'Assemblée fédérale, loi sur le parlement, LParl, RS 171.10). Elles ne sont pas soumises à la loi sur la transparence (art. 2 al. 1 lit. a et c LTrans *a contrario*)<sup>7</sup> et leurs délibérations sont confidentielles (art. 47 LParl). La divulgation des positions défendues par les personnes ayant participé aux séances, ainsi que la manière dont elles ont voté sont interdites. Sauf disposition contraire de la loi ou d'une ordonnance de l'Assemblée fédérale, les règles prévues par la loi sur le parlement et les règlement du Conseil National et du Conseil des Etats s'appliquent par analogie aux délégations permanentes, en particulier la DCE [ art. 2 Ordonnance de l'Assemblée fédérale sur les relations internationales du Parlement (ORInt, RS 171.117) ; art. 9 Règlement du Conseil des Etats (RCE, RS 171.14) ; art. 12 Règlement du Conseil national (RCN, RS 171.13)].

<sup>5</sup> Message LTrans, FF 2003 1861.

<sup>6</sup> [Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence, Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées, 5 juillet 2012, ch. 8.2.1.](#)

<sup>7</sup> Message LTrans, FF 2003 1828.



26. La loi sur la transparence ne s'applique pas à l'accès aux protocoles des auditions menées par les commissions parlementaires qui est régi par la loi sur le Parlement (art. 47 LParl, cf. chiffres 23 et 25).
27. Le Préposé est d'avis que les documents établis à l'intention d'une commission parlementaire, sans mandat exprès de cette commission (par écrit), sont sur le principe soumis à la loi sur la transparence sous réserve des exceptions prévues à l'art. 7 LTrans.<sup>8</sup>
28. Le Conseil fédéral a choisi les trois candidats sur la base du classement établi conjointement par la DCE et la CJ. Le Conseil fédéral constitue le gouvernement (art. 1 LOGA). Conformément à l'art. 177 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst, RS 101) et l'art. 12 LOGA, il prend ses décisions en tant qu'autorité collégiale. Dans ce cas, il constitue une autorité distincte de l'administration et n'est dès lors pas soumis à la loi sur la transparence (art. 2 al. 1 let. a LTrans *a contrario*).<sup>9</sup> Ses délibérations et la procédure de co-rapport<sup>10</sup> ne sont pas publiques (art. 21 LOGA). La notion de délibération comprend également la prise de décision.<sup>11</sup> La procédure de co-rapport (art. 8 al. 1 LTrans) commence le jour où le département compétent signe sa proposition (art. 5 al. 1<sup>bis</sup> de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA, RS 172.010.1) et s'achève par la décision du Conseil fédéral.<sup>12</sup>
29. Selon l'art. 180 al. 2 Cst, le Conseil fédéral doit renseigner le public sur son activité en temps utile et de manière détaillée, dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose. L'art. 10 LOGA précise la portée l'art. 180 al. 2 Cst. Ces deux dispositions ne concernent cependant que l'information active, à l'exception de l'information passive.<sup>13</sup> Au demeurant, le Conseil fédéral dispose d'un certain pouvoir d'appréciation s'agissant des modalités d'information (contenu exacte, cercle des destinataires, échéance à laquelle les informations sont communiquées).<sup>14</sup>
30. L'*information active* concerne la transmission d'informations intervenant à l'initiative de l'autorité. La notion d'*information passive* se rapporte aux cas de figure pour lesquels l'autorité a l'obligation de transmettre certaines informations, en vertu d'une demande qu'il lui est adressée. Ainsi, la transmission d'informations dans le cadre de la loi sur la transparence, à savoir lorsqu'une personne dépose une demande d'accès au sens de l'art. 6 LTrans, constitue un cas d'application d'*information passive*.
31. *Le Préposé constate que le classement établi par les commissions parlementaire n'est pas soumis à la loi sur la transparence (art. 2 al. 1 let. a LTrans a contrario, art. 47 LParl). Au vu de ce qui précède (cf. ch. 23 à 30), le Préposé est d'avis que le courrier adressé par le Président de la DCE au Conseil fédéral (cf. ch. 20) affère à la procédure de co-rapport (cf. ch. 28 ss.), de*

<sup>8</sup> Recommandation du PFPDT du 19 juin 2009 (UVEK/Zusatzdokumentation Staatsrechnung), recommandation du 2 novembre 2009 (EDI, EJPD, VBS, EFD, EVD, UVEK / Zusatzdokumentation Voranschlag 2010); recommandation du 18 novembre 2010 (VBS/Inspektionsberichte ND-Aufsicht); [Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence, Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées, 5 juillet 2012](#), ch. 4.2.2.

<sup>9</sup> Message, FF 2003 1828; BO 2003, p. 1137, Votum Ruth Metzler-Arnold, Conseillère fédérale.

<sup>10</sup> ATF 133 II 209 consid. 3.1.

<sup>11</sup> THOMAS SÄGESSER, Stämpfli Handkommentar zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG), Art. 21, N 15.

<sup>12</sup> ATF 136 II 399 consid. 2.3.1.

<sup>13</sup> THOMAS SÄGESSER, Stämpfli Handkommentar zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG), Art. 10, N 13; ATF 136 II 399 consid. 2.3.

<sup>14</sup> [Recommandation du Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence du 3 avril 2009](#) : ESTV / Cockpits und Amtsreportings, ch. 2. ; [Recommandation du Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence du 19 octobre 2012: Chancellerie fédérale / ChF](#), ch. 14.



sorte que le droit d'accès à ce document n'est par conséquent pas reconnu au demandeur (art. 8 al. 1 LTrans).

### **Restrictions du droit d'accès**

#### Généralités

32. L'OFJ n'a que partiellement fait droit à la demande d'accès déposée par le demandeur. L'autorité a explicitement refusé de divulguer *la liste des candidats* (cf. demande d'accès du 27 janvier 2011, chiffre 1 lettre c.) et *le classement des candidats* (cf. demande d'accès du 4 février 2011, chiffre 5 lettre g.).
- L'OFJ a indiqué au demandeur que la transmission au Panel consultatif d'experts pour l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme de la liste des trois candidats présentés par la Suisse ainsi que leur curriculum vitae respectif était survenue le 27 janvier 2011. Il n'a en revanche communiqué au demandeur ni la date exacte de transmission, ni le contenu les documents adressés à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (cf. demande d'accès du 27 janvier 2011, ch. 1 lettre f. et demande d'accès du 4 février 2011, ch. 5 lettre k.), se limitant à préciser que « *la date exacte n'est pas encore fixée, mais en tout cas dans les délais* ». S'agissant des *documents relatifs aux protocoles de recrutement et de sélection* (cf. demande d'accès du 27 janvier 2011, chiffre 1 lettre e.) l'OFJ n'a transmis au demandeur qu'une partie des documents en sa possession et a indiqué dans sa prise de position du 18 mai 2011 : « *Zu den übrigen Dokumenten wurde, soweit dies im Gesuch hinreichend spezifiziert verlangt worden ist, der Zugang gewährt (vgl. die elektronischen Antworten [...]), dies unter Berücksichtigung der einschlägigen technischen Eigenheiten* », mais n'a pas invité le demandeur à préciser ses demandes d'accès.
33. Dans sa prise de position du 18 mai 2011 à l'attention du Préposé, l'OFJ a principalement motivé son refus partiel d'accorder l'accès aux informations et documents requis par le demandeur en invoquant l'existence de dispositions spéciales (art. 4 LTrans en relation avec l'art. 47 LParl)<sup>15</sup> et l'inapplicabilité de la loi sur la transparence (documents établis après le dépôt des demandes d'accès)<sup>16</sup>. A titre subsidiaire, dans l'hypothèse où le Préposé ne devait pas partager cette appréciation, l'autorité a souligné la nécessité de protéger la personnalité des candidats n'ayant pas été retenus (art. 7 al. 2 et 9 al. 1 LTrans, art. 19 al. 1bis de la loi fédérale sur la protection des données, LPD, RS 235.1). Ceci au motif que les conditions de l'art. 19 al. 1<sup>bis</sup> LPD n'étaient en l'espèce pas remplies s'agissant des personnes dont la candidature n'a pas été retenue pour la dernière phase de sélection (« *Personen, deren Bewerbung es nicht in die engere Wahl geschafft hat* »)<sup>17</sup> et que l'accès à certains documents concernant la sphère privée des candidats n'ayant pas été retenus (« *die Privatsphäre der nicht berücksichtigten Bewerbinnen und Bewerber* »)<sup>18</sup> ne pourrait le cas échéant être accordé qu'après une procédure d'anonymisation (caviardage ou suppression préalables de tous les indices et pièces concernant les candidats ainsi que les références à des personnes privées tierces).

<sup>15</sup> Concernant les documents N° 38, 47, 49, 50 du bordereau transmis au Préposé.

<sup>16</sup> Documents N°64 à 71 du bordereau transmis au Préposé.

<sup>17</sup> Concernant les documents N° 30 à 35, 41 à 46 du bordereau transmis au Préposé.

<sup>18</sup> Concernant les documents N° 29, 39, 47, 50, 51, 53, 55, 56, 57 et 62 du bordereau transmis au Préposé.



Refus d'accorder l'accès à la liste des candidats, aux dossiers de candidature et au classement des candidats

34. La présélection étant intervenue selon une pratique administrative non écrite et en l'absence de mandat expresse des commissions parlementaires (cf. chiffre 17), le Préposé est d'avis que les documents officiels relatifs à cette procédure ne tombent pas dans le champ d'application de la loi sur le Parlement mais sont soumis à la loi sur la transparence.<sup>19</sup>

Cela étant, puisque les dossiers de candidature contiennent des données personnelles, il convient d'apprécier si leur communication, en particulier s'agissant des candidats n'ayant pas été retenus, est licite (art. 7 al. 2, 9 LTrans et 19 LPD).

35. L'autorité saisie d'une demande d'accès doit procéder à une pesée des intérêts en présence et prendre à cette occasion en considération la nature des données personnelles et la protection requise ainsi que les conséquences que l'accès aux documents pourrait avoir pour les personnes concernées.<sup>20</sup> Le Tribunal administratif fédéral a récemment précisé dans un arrêt relatif à l'accès à des dossiers personnels que « *la doctrine majoritaire, ainsi que le message retiennent que l'intérêt à la sphère privée doit l'emporter en principe sur l'intérêt à pouvoir consulter des documents officiels* ». <sup>21</sup> Les demandes tendant à consulter le dossier personnel d'un employé doivent en principe être refusées, en fonction des conséquences que l'accès aux documents pourrait avoir sur les personnes concernées et dans la mesure où une protection accrue est requise (données sensibles ou profils des personnalité).<sup>22</sup>

36. Le Préposé constate qu'en l'espèce, notamment au vu des exigences posées dans le cadre de la mise au concours, les dossiers de candidature comprennent sans exception un curriculum vitae détaillé portant non seulement sur la formation mais également sur les activités professionnelles, voire politiques et la vie privée (notamment la situation familiale) des personnes concernées. Les postulants ont presque sans exception joint un certificat de travail et/ou un extrait du casier judiciaire. Dans certains cas, le dossier comprend également une photographie ou un extrait du registre des poursuites.

Le Préposé constate que les données personnelles précitées constituent des profils de personnalité (art. 3 let. d LPD) et contiennent le plus souvent des données sensibles (art. 3 let. c LPD).

37. La confidentialité des dossiers de postulation constitue une mesure apte et nécessaire à garantir l'existence de candidatures d'excellence. En effet, elle permet d'éviter que les potentiels candidats ne soient dissuadés de postuler par crainte des conséquences négatives qu'une non-sélection pourrait avoir sur leur avenir professionnel. Au vu de ce qui précède, le Préposé constate qu'en l'espèce un intérêt public prépondérant à la transparence (art. 7 al. 2 LTrans) fait défaut et que les documents requis ne peuvent pas être anonymisés (art. 9 al. 2 LTrans et art. 6 OTrans) compte tenu du caractère singulier du parcours de vie des personnes concernées (dossiers de candidature) et des qualités intrinsèques de la liste et du classement des candidats.

<sup>19</sup> Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence, [PF PDT - Questions fréquemment posées](#), 5. Juillet 2012, ch. 4.2.2.

<sup>20</sup> [Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 17 février 2011](#), Cour I, A-3609/2010, consid. 4.4 et 5.4.

<sup>21</sup> [Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 17 février 2011](#), Cour I, A-3609/2010, consid. 5.4.

<sup>22</sup> [Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 17 février 2011](#), Cour I, A-3609/2010, consid. 4.4 et 5.4.



38. Par ailleurs, il convient de relever à titre comparatif que conformément à l'art. 40a LParl la Commission judiciaire prépare l'élection des juges des tribunaux fédéraux et soumet ses propositions à l'Assemblée fédérale qui procède à l'élection Chambres réunies.

Dans ce cadre, la Commission judiciaire procède à la mise au concours et à la sélection des candidats, puis soumet sa proposition à l'Assemblée fédérale. Le rapport de la Commission judiciaire est publié sur la page internet du parlement fédéral suisse. Il comprend notamment un résumé de la procédure de sélection, en général le nombre de postulations, le nombre de candidats auditionnés, le nom du ou des candidat(s) proposés en fonction des postes à pourvoir ainsi qu'un bref résumé de leur formation et des activités professionnelles que ces derniers ont exercées.

39. *Ainsi, en l'absence d'intérêt public prépondérant à la transparence, la communication de la liste des candidats, des dossiers de candidature et du classement des candidats serait contraire aux art. 7 al. 2, 9 LTrans et 19 LPD. Le Préposé arrive par conséquent à la conclusion que l'OFJ a refusé à juste titre d'accorder l'accès à ces documents.*

#### Refus d'accorder l'accès aux documents transmis à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

40. Par courrier électronique du 7 février 2011, l'OFJ a informé le demandeur que « *la date exacte n'est pas encore fixée, mais en tout cas dans les délais* ». Dans sa prise de position ultérieure à l'attention du Préposé (prise de position du 18 mai 2011, cf. chiffre 6), l'autorité a allégué avoir accordé un droit d'accès à tout un chacun en application « *par analogie* » de l'art. 6 LTrans, attendu que la liste des trois candidats présentés par la Suisse ainsi que leur curriculum vitae respectif ont dans l'intervalle été publiés sur la page internet de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.
41. Selon la lettre de la version française de l'art. 6 al. 3 LTrans, les conditions énoncées aux al. 1 et 2 de cette disposition sont réputées remplies lorsque les documents officiels concernés ont déjà été publiés par la Confédération sur papier ou sous forme électronique. Les versions allemande et italienne de cette disposition sont plus précises et indiquent qu'il doit s'agir d'une page internet de la Confédération. Selon la doctrine, les versions allemande et italienne sont correctes.<sup>23</sup>

L'autorité est libre de communiquer uniquement le lien réticulaire (URI : Uniform Resource Identifier) ou les références de la publication au demandeur.<sup>24</sup>

42. En l'espèce, la publication est survenue sur la page internet de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et l'autorité n'a pas communiqué l'adresse réticulaire au demandeur.
43. *Le Préposé est d'avis que l'OFJ ne peut dès lors pas se prévaloir de l'exception de l'art. 6 al. 3 LTrans. Cela étant, l'OFJ a indiqué que les documents requis, notamment la liste des trois candidats et leur cv respectif n'avaient pas encore été transmis à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe lorsque le demandeur a déposé ses deux demandes. Celles-ci sont par conséquent mal fondées.*

<sup>23</sup> PASCAL MAHON/OLIVIER GONIN, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 6, N 64.

<sup>24</sup> PASCAL MAHON/OLIVIER GONIN, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 6, N 66.



Refus implicite d'accorder l'accès à tous les documents relatifs aux protocoles de recrutement et de sélection

44. Le Préposé constate que la formulation de la lettre e. de la demande d'accès du 27 janvier 2011 (portant sur les documents relatifs aux protocoles de recrutement et de sélection cf. chiffre 1) a un caractère extrêmement large et général.
45. Selon l'art. 10 al. 3 LTrans, la demande d'accès doit être formulée de manière suffisamment précise. Les exigences de précision ne sauraient toutefois être interprétées de manière trop stricte : il suffit que les documents en question soient identifiables par l'autorité sans complications excessives.<sup>25</sup> Le degré de précision exigé dépend notamment des moyens dont dispose le demandeur, à tout le moins lorsqu'il n'existe pas de registre de documentation auquel il puisse se référer.<sup>26</sup> Les autorités sont tenues de soutenir activement le demandeur dans sa démarche, plus particulièrement lorsque celui-ci n'a pas d'autre moyen de préciser sa demande.<sup>27</sup> L'autorité doit renseigner le demandeur sur les documents officiels accessibles et assister ce dernier dans ses démarches (art. 3 al. 1 OTrans). L'autorité peut en outre inviter ce dernier à préciser sa demande (art. 7 al. 3 OTrans). A cet égard, le Tribunal administratif fédéral a précisé dans l'arrêt A-3631/2009 du 15 septembre 2009, qu'il incombait à l'autorité de remettre au demandeur une liste des documents dont elle dispose<sup>28</sup>. A savoir un extrait de son gestionnaire électronique de documents ou à défaut une liste des documents disponibles.<sup>29</sup>
46. Le demandeur n'a pas été invité à préciser sa demande d'accès (art. 7 al. 3 OTrans) et n'a pas reçu la liste des documents dont dispose l'autorité en lien avec les procédures de recrutement et de sélection dans le cadre de la désignation des trois candidats pour le poste de juge au titre de la Suisse auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, malgré le caractère extrêmement large et général de la lettre e. de sa demande (cf. chiffre 44).
47. Le contenu des annonces de recrutement publiées a été communiqué par l'OFJ au demandeur. Ce dernier n'a en revanche pas eu connaissance des autres documents relatifs aux protocoles de recrutement et de sélection établis ou reçus par l'OFJ. L'autorité les a par ailleurs répertoriés dans la liste des documents en sa possession (cf. chiffre 9). Ces documents constituent des documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans. Il incombait à l'OFJ de renseigner le demandeur sur les documents officiels accessibles et d'assister ce dernier dans ses démarches.
- L'autorité avait en outre la possibilité d'inviter le demandeur à préciser l'ampleur de sa demande d'accès, opportunité dont elle n'a pas fait usage. Au vu de ce qui précède, le manque de précision de la demande d'accès invoqué par l'OFJ ne saurait en l'espèce justifier une libre appréciation par l'autorité de leur portée.
48. Le Préposé est d'avis que les documents établis par l'administration sans mandat exprès des commissions parlementaires sont soumis à la loi sur la transparence, sous réserve des exceptions prévues par la loi. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral administratif «*L'autorité supporte le fardeau de la preuve s'agissant de l'inapplicabilité de la présomption de libre accès aux documents officiels prévue par la loi sur la transparence, cela signifie que l'autorité doit prouver l'existence de cas d'exception* ».<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Message LTrans, FF 2003 1861.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Considérant 4.

<sup>29</sup> [Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence, Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées, 5 juillet 2012, ch.6.2.1.](#)

<sup>30</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 18 octobre 2010, Cour I, A-3443/2010, consid. 3.1.



49. L'autorité n'a fait valoir aucun motif d'exception au sens des art. 7 ss LTrans en ce qui concerne les autres documents officiels relatifs aux processus de recrutement et de sélection qui n'ont pas été communiqués au demandeur (cf. chiffres 32 ss). L'OFJ a cependant allégué que les documents N°64 à 71 ont été établis après le dépôt des demandes d'accès et ne sont en conséquence pas couverts par celles-ci.
50. *Au vu de ce qui précède, le Préposé est d'avis qu'il incombe à l'OFJ de transmettre au demandeur une liste des documents officiels concernés, d'inviter ce dernier à préciser sa demande du 27 janvier 2011 et sur cette base d'apprécier si l'accès aux documents requis peut être accordé (art. 7 ss LTrans).*

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

1. L'Office fédéral de la justice (OFJ) maintient son refus d'accorder l'accès à la liste des candidats ayant postulé, aux dossiers de candidature et au classement.
2. L'Office fédéral de la justice (OFJ) maintient son refus d'accorder l'accès aux documents transmis à la DCE et à la CJ.
3. L'Office fédéral de la justice (OFJ) maintient son refus de communiquer la portée de la sélection effectuée conjointement par la Délégation parlementaire suisse auprès du Conseil de l'Europe (DCE) et la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale (CJ).
4. L'Office fédéral de la justice (OFJ) maintient son refus de communiquer les procès-verbaux de séance et le classement établi par la DCE et la CJ, y compris le classement des trois candidats à l'élection au poste de juge à la Cour européenne des droits de l'homme.
5. L'Office fédéral de la justice (OFJ) maintient son refus d'accorder l'accès aux documents transmis à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.
6. L'Office fédéral de la justice (OFJ) transmet au demandeur une liste des documents officiels relatifs aux procédures de recrutement et de sélection concernant la mise au concours du poste de juge à la Cour européenne des droits de l'homme et invite ce dernier à préciser sa demande du 27 janvier 2011. Sur la base de ces précisions, l'Office fédéral de la justice (OFJ) apprécie si l'accès aux documents requis peut être accordé (art. 7 ss LTrans).
7. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, le demandeur peut exiger que l'Office fédéral de la Justice (OFJ) rende une décision selon l'art. 5 PA s'il n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
8. L'Office fédéral de la justice (OFJ) rend une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) s'il refuse d'octroyer l'accès conformément à la recommandation (chiffres 1 à 6). Il rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation (art. 15 al. 3 LTrans).
9. Cette décision peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 16 LTrans).



10. Par analogie à l'art. 22a PA, les délais fixés en jours par la loi ne courent pas du 24 mars 2013 au 7 avril 2013.
11. La présente recommandation est publiée (art. 13 al. 3 OTrans). Afin de protéger les données relatives aux parties à la procédure de médiation, le nom du demandeur est anonymisé.
12. La recommandation est notifiée à:
  - X
  - Office fédéral de la justice (OFJ)  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Jean-Philippe Walter