



Berne, le 16 juin 2017

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

**X  
(demandeur)**

**et**

**le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC)**

**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 en date du 9 décembre 2015, auprès du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), la demande d'accès suivante :

« 1) En novembre 2011, Doris Leuthard était en voyage officiel à Baku. Comme communiqué par la Confédération, les discussions sur le gazoduc TAP<sup>1</sup> étaient au centre des discussions. J'aimerais donc avoir accès à tout document qui concerne cette visite qui mentionne le TAP.

2) Je vous demande aussi l'accès aux échanges (e-mail) qui ont porté à l'invitation à ce voyage de A, à l'époque directeur général d'EGL<sup>2</sup>. Je m'intéresse aussi à tout échange de courrier entre EGL (ou ses représentants) et l'OFEN<sup>3</sup> concernant le TAP.

3) En janvier 2013, Walter Steinmann, directeur de l'OFEN se rend à Baku. Il est chargé de promouvoir le TAP auprès des autorités de l'Azerbaïdjan qui, cette année-là doit donner son aval au projet. En ce cas aussi, je demande d'avoir accès à tout document concernant cette visite qui mentionne le TAP.

4) En 2009, selon les autorités suisses le TAP aurait dû acheminer du gaz en Europe à partir de 2017. Maintenant on parle de 2020. La Suisse a soutenu le projet pour des raisons d'approvisionnement mais aussi par le fait qu'il a été promu par une société (publique) helvétique [...]. Le groupe Axpo (qui a englobé EGL) a pourtant redimensionné le projet : ses

---

<sup>1</sup> Trans Adriatic Pipeline.

<sup>2</sup> Energiegesellschaft Laufenburg.

<sup>3</sup> Office fédéral de l'énergie.



actions dans le TAP AG sont passées de 42,5% à 5%. J'aimerais avoir accès aux documents où l'OFEN ou le DFAE (et ses représentants) prennent position sur le TAP et ses changements dans ces dernières années. »

2. Le 23 décembre 2016, le Secrétariat général du DETEC (SG-DETEC) – à qui la demande a été transmise par le DFAE pour des raisons de compétence – a refusé d'accorder l'accès aux documents concernant la question 1) « car [ils] contiennent des analyses politiques confidentielles. La divulgation de ces analyses risque de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales » (art. 7, al. 1, let. d, LTrans). Le même jour, le demandeur a reçu une réponse identique à ses questions 2) et 3) de la part de l'OFEN. En revanche, il n'a reçu aucune réponse à sa quatrième question.
3. Le 15 janvier 2016, le demandeur a déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé). Il a notamment indiqué que « le refus est donné avec une justification générale qui n'est pas acceptable. Il n'est pas expliqué quel document doit être refusé et pourquoi. La documentation concernant le soutien de l'OFEN au gazoduc trans-adriatique (TAP) relève d'intérêt public».
4. Le 18 janvier 2016, le Préposé a informé le SG-DETEC et l'OFEN du dépôt de la demande en médiation et leur a imparti un délai de 10 jours afin de lui remettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position détaillée.
5. Le 14 juin 2016, suite à une suspension de la procédure et à plusieurs prolongations de délai, le SG-DETEC a transmis au Préposé un dossier électronique comprenant 33 documents (environ 100 pages). Parmi ceux-ci, le SG-DETEC en a défini deux comme « öffentlich zugänglich » et a déclaré pouvoir y accorder l'accès. En revanche, il a indiqué avoir effacé les documents concernant la question 2), sans les avoir livrés aux archives. Enfin, plusieurs documents ne sont ni signés, ni datés ou ne comportent pas d'en-tête.
6. Le SG-DETEC, avec la contribution de l'OFEN et du DFAE, a également remis une prise de position de principe couvrant la majeure partie des documents. Il fonde son refus d'accès en s'appuyant sur l'exception prévue à l'art. 7, al. 1, let. d, LTrans qui prévoit que le droit d'accès à un document officiel peut être refusé lorsque l'accès « risque de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales ». En substance, l'autorité apporte les trois arguments suivants :
  - l'Azerbaïdjan ne connaissant pas le principe de la transparence, la publication « de documents officiels doit répondre à une grande retenue de manière à ne pas froisser nos partenaires. [...] Ces remarques introductives valent [...] également pour d'autres États qui sont mentionnés dans les documents concernés comme la Russie, l'Iran, la Turquie, etc ».
  - « La publication des documents en question [...] concerne un dossier complexe où les intérêts stratégiques, politiques et économiques concernent de nombreux États dont les intérêts sont bien souvent, pour des raisons évidentes de concurrence, contradictoires. En cas de publication, la Suisse sera donc amenée à rendre des comptes non pas à un seul partenaire mais bien à un concert de nations. Surtout la Suisse risque à l'avenir de ne plus être considérée comme un partenaire fiable dès lors que des aspects concurrentiels et/ou stratégiques seraient en jeu. »
  - « Si les rapports intermédiaires établis par la Suisse au sujet du projet TAP devaient faire l'objet d'une publication, il faut partir du principe que la Suisse ne disposera, à l'avenir, plus de la même marge de manœuvre afin de définir une stratégie d'action dans des dossiers similaires. [...] La transmission des documents serait également à même mettre en danger les négociations futures de ce type. Une mise à disposition des « recettes » de la diplomatie



suisse aurait sans nul doute des conséquences même bien au-delà et risquerait de mener à un Reset complet de la manière de fonctionner de notre corps diplomatique».

7. Le 4 juillet 2016, lors d'un entretien téléphonique avec le SG-DETEC, le Préposé l'a invité à contacter le demandeur afin qu'il précise sa dernière question (art. 7, al. 3, OTrans). En effet, de l'avis du Préposé, les documents transmis par le SG-DETEC ne permettent pas d'y répondre. Le Préposé a également rendu l'autorité attentive au fait qu'en respect du principe de la proportionnalité, un accès partiel pouvait également être envisagé. Finalement, il a été convenu d'organiser une séance afin que l'autorité puisse expliquer au Préposé la portée concrète de l'art. 7, al. 1, let. d, LTrans.
8. Cette rencontre a eu lieu le 23 août 2016 en présence de représentants du SG-DETEC, de l'OFEN et du DFAE. L'autorité a insisté sur le fait qu'il s'agit là d'une question d'opportunité politique, de crédibilité et de maintien de la confiance envers les États concernés. De plus, non seulement le contenu mais également la provenance des documents (gouvernement suisse) justifie l'application de l'art. 7, al. 1, let. d, LTrans. L'autorité a confirmé ne pas disposer d'autres documents pouvant compléter le dossier et répondre aux questions de la demande d'accès. Enfin, le Préposé a demandé au SG-DETEC de lui fournir des informations concernant l'état actuel du projet TAP en relation avec la Suisse.
9. Le 7 septembre 2016, le SG-DETEC a transmis au Préposé une prise de position ultérieure qui, en substance, confirme et complète les précédentes. Au travers de cette dernière, l'autorité a formulé plusieurs considérations de principe parmi lesquelles elle souligne que «les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales ne peuvent ainsi pas uniquement être compromis dès lors qu'il s'agit de relations entre États et organisations internationales, mais également dès lors que l'on se trouve en présence de relations entre la Suisse et des acteurs privés ou semi-privés étrangers ». Elle insiste sur le fait que « le gouvernement azéri réagirait de manière extrêmement sensible en cas de transmission de documents relatifs au projet TAP. Une telle réaction interviendrait indépendamment du contenu précis, sensible ou non, des documents publiés. [...] Ces conséquences [...] s'étendraient, selon toute vraisemblance, au reste des relations bilatérales entre notre pays et l'Azerbaïdjan ».
10. L'autorité s'est également penchée sur son pouvoir discrétionnaire lors de l'examen du droit d'accès sous l'angle de l'art. 7, al. 1, let. d, LTrans. En se basant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>4</sup>, elle affirme que « l'accessibilité des documents [...] doit être analysée en premier lieu sur la base d'une expertise diplomatique et politique, alors que l'analyse purement juridique, qui joue également un rôle central, devra, le cas échéant, céder le pas aux intérêts politiques ». En ce qui concerne l'éventualité de garantir un accès limité, l'autorité est d'avis qu'« il n'existe pas d'autres moyens moins incisifs ».
11. Le SG-DETEC a catégorisé les documents de la manière suivante :
  - Doc. 0.2 et 1.20 (documents identiques), lettre de la Présidente de la Confédération Micheline Calmy-Rey au Président azéri : l'autorité refuse de la transmettre en application de l'art. 2, al. 1, LTrans *a contrario* car il s'agit d'un document du Conseil fédéral.
  - Doc. 0.1, 0.3, 0.4, 1.1, 1.2 et 1.3, trois lettres de la conseillère fédérale Doris Leuthard adressées au ministre azéri de l'industrie et de l'énergie et une lettre adressée à des acteurs privés ou semi-privés (deux documents se répètent) : « il convient de préciser que la correspondance entre les États, selon l'usage diplomatique international, est considérée comme confidentielle et qu'elle ne peut pas être transmise sans le consentement de l'État tiers concerné (Message LTrans, FF 2003 1852. Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz. 33). La simple

<sup>4</sup> ATF 1C\_296/2015 du 18 mai 2016 consid. 4.3.



consultation de l'Azerbaïdjan sur ce type de questions est déjà susceptible de porter atteinte aux intérêts de la Suisse dans le cadre des relations bilatérales ».

- Doc. 1.4, note d'information de la cheffe du DETEC à l'attention du Conseil fédéral : il s'agit d'un « document du Conseil fédéral, il ne rentre donc pas dans le champ d'application de la LTrans ».
- Doc. 1.7 et 1.16 (presque identiques), notes informatives non datées concernant différents projets de gazoduc : « ce document contient des jugements de valeur sur le projet TAP de même que sur des projets concurrents et sur des États tiers. Une transmission n'est donc pas uniquement susceptible d'irriter l'Azerbaïdjan mais également d'autres États ».
- Doc. 1.8, 1.10, 1.11, 1.13, 1.14, 1.17, 1.19 et 3.1, l'autorité renvoie aux considérations de principe formulées plus haut (cf. ch. 9 et 10).
- Doc. 1.9 et 1.18 (documents identiques), tableau synoptique non daté de la situation politique du projet TAP : « ce document contient des analyses relatives aux comportements et aux intérêts d'États tiers. Les États concernés, en cas de publication, seraient, sans nul doute fâchés et les intérêts de la Suisse seraient à différents niveaux bilatéraux mis en danger de manière non négligeable ».
- Doc. 1.12, courriel du SG-DETEC à l'ambassadrice suisse à Baku : « ce document contient les directives diplomatiques [...] dans le cadre de la préparation d'une visite d'État officielle. Un tel document concernant directement les capacités d'agir de la Suisse à l'étranger, tombe – indépendamment de la sensibilité de son contenu – dans l'épicentre de la clause d'exception de l'article 7, al. 1, let. d, LTrans ».
- Doc. 1.5 et 1.6, projet de communiqué de presse et document disponibles sur internet : le SG-DETEC accorde l'accès à ces deux documents.
- Doc. 1.21, liste d'entreprises possibles pouvant constituer la délégation de représentants du domaine de l'énergie lors de la visite de la conseillère fédérale Doris Leuthard à Baku : « s'agissant d'une proposition de composition, l'intérêt exceptionnellement prépondérant exigé par l'art. 7, al. 2, LTrans, pour justifier la violation de la sphère privée des tiers, n'est, en l'espèce manifestement pas donné ».
- Doc. 4.1 jusqu'à 4.10 et 1.15, note de mise à jour du projet TAP (doc. 4.1), notes informatives à caractère général concernant différents projets de gazoduc (doc. 4.2, presque identique aux documents 1.7 et 1.6), notes internes à l'attention de hauts fonctionnaires ou de conseillers fédéraux en vue de visites officielles à l'étranger. Certains documents ne sont pas datés : ils « servent (ou ont servi) au processus interne de libre formation de l'opinion de l'autorité et à l'organisation, la planification et la préparation de la collaboration internationale avec les États tiers, [...]. En cas de transmission, [...] le contenu de ces documents de même que le fait que ce type de documents soit transmis, est susceptible de contrarier l'Azerbaïdjan et ainsi d'affecter les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure ».

12. Les allégations du demandeur et du SG-DETEC ainsi que les documents déposés sont pris en compte, 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**

13. Le demandeur a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès du DFAE, transmise au SG-DETEC pour raisons de compétence et a reçu une réponse 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). Celle-ci 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).
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>5</sup>. 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**

15. Selon l'art. 12, al. 1 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (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 examiner, pour tous les domaines dans lesquels la loi sur la transparence confère un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité 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>6</sup>.
16. Le demandeur a adressé une demande d'accès au DFAE qui, après avoir vérifié s'il était compétent, l'a transmise au SG-DETEC. Ce dernier a répondu à la première question du demandeur et l'OFEN aux deuxième et troisième questions. Pendant la procédure de médiation, le SG-DETEC a transmis au Préposé la totalité des documents qui avaient été produits par les trois unités administratives concernées (SG-DETEC, OFEN et DFAE). Le SG-DETEC s'est également chargé de coordonner la procédure et a transmis au Préposé les différentes prises de position. Le Préposé considère le SG-DETEC comme autorité en charge de l'affaire étant donné qu'elle a assumé la fonction d'autorité compétente au sens de l'art. 11, al. 2, OTrans.
17. Dans sa prise de position du 7 septembre 2016 (cf. ch. 11), l'autorité a accordé l'accès aux documents 1.5 et 1.6. Le document 1.6 étant disponible sur internet, l'autorité peut, en application des art. 6, al. 3, LTrans et 3, al. 2, OTrans, se limiter à indiquer au demandeur la référence internet nécessaire à sa consultation. Par conséquent, les considérants qui suivent concernent les autres documents.
18. Dans un arrêt du 23 novembre 2015 concernant l'accès à l'agenda Outlook du directeur général de l'armement, le Tribunal administratif fédéral (TAF) s'est notamment prononcé sur la possibilité de catégoriser des documents. La Cour a affirmé que l'autorité qui entend limiter,

<sup>5</sup> 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), FF 2003 1865.

<sup>6</sup> GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Eds.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), n° 8 ad art. 13.



différer ou refuser un droit d'accès doit en principe motiver sa position pour chaque document. Le TAF a toutefois admis la possibilité de catégoriser les états de fait comparables afin de respecter le principe d'économie de procédure<sup>7</sup>. Ces considérations ont d'ailleurs été confirmées par le Tribunal fédéral<sup>8</sup>. Dans le cas présent, l'autorité a procédé à une catégorisation des documents en question (cf. ch. 11) selon laquelle il convient de poursuivre l'analyse.

19. Selon la présomption énoncée à l'art. 6, al. 1, LTrans, tout document officiel est accessible. Pour la renverser, l'autorité doit apporter la preuve qu'au moins un des motifs d'exception figurant aux art. 7 et 8 LTrans est applicable. Conformément à la jurisprudence du TAF, des considérations d'ordre général sont en principe insuffisantes pour refuser un droit d'accès<sup>9</sup>. Dans le cadre de l'obligation de collaborer à la médiation (art. 12b OTrans), l'autorité doit, si nécessaire, compléter sa motivation, ce qui a été fait par le SG-DETEC en l'espèce.
20. Dans un arrêt du 18 mai 2016, le Tribunal fédéral s'est penché sur la portée de la clause d'exception prévue à l'art. 7 al. 1 let. d LTrans<sup>10</sup>. Selon cette dernière, les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure risquent d'être compromis si un État tiers profitait d'informations publiées au détriment de la Suisse. Plus particulièrement, la position de la Suisse dans d'éventuelles négociations actuelles ou futures ne doit pas être affaiblie. Les intérêts de la Suisse risquent également d'être compromis si, suite à la publication d'informations sensibles, les rapports entre la Suisse et les États tiers se dégradaient. La publication de certaines informations délicates présuppose donc l'accord préalable de l'État concerné. Enfin, il doit y exister un risque sérieux et important que les intérêts en jeu soient compromis. Le dommage qui en découlerait pour la Suisse doit survenir selon le cours ordinaire des choses et être hautement probable.
21. Le Tribunal fédéral a également relevé l'aspect politique de l'art. 7, al. 1, let. d, LTrans<sup>11</sup>. Dans ce cadre, il a réexaminé avec une certaine retenue la décision d'une autorité fédérale de refuser l'accès à des documents en vertu du motif d'exception susmentionné. Cette réserve ne portait que sur l'opportunité politique (politische Opportunität) de la décision et non sur l'appréciation juridique du litige. La décision de l'autorité de refuser l'accès aux documents sur la base de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans doit être compréhensible, objective et conforme au droit. La Cour a reconnu que l'autorité, en raison de ses connaissances nécessaires à l'exercice de son activité dans les domaines de la diplomatie et des relations internationales, disposait d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer quelles informations seraient en mesure de compromettre les intérêts de la Suisse si elles étaient rendues publiques.
22. Dans l'examen des différents documents, il convient ensuite de tenir compte du principe de la proportionnalité et, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, n'admettre que le refus d'accès nécessaire à la préservation des intérêts protégés par l'art. 7, al. 1, LTrans<sup>12</sup>. En d'autres termes, l'accès doit être accordé à tous les passages d'un texte qui ne touchent pas à l'intérêt protégé par la disposition concernée. Le même principe est applicable au report du droit d'accès jusqu'au moment où les conditions qui ont momentanément justifié le refus tombent. Dans sa prise de position du 7 septembre 2016 (cf. ch. 10), l'autorité a estimé ne disposer d'aucune marge de manœuvre. Elle affirme que les documents qui composent le dossier

<sup>7</sup> ATAF A\_7405/2014 du 23 novembre 2015 consid. 6.3.

<sup>8</sup> ATF 1C\_14/2016 du 23 juin 2016 consid. 3.2 et 3.7.

<sup>9</sup> ATAF A-7405/2014 du 23 novembre 2015 consid. 6.3.

<sup>10</sup> ATF 1C\_296/2015 du 18 mai 2016 consid. 4.2.

<sup>11</sup> ATF 1C\_296/2015 du 18 mai 2016 consid. 4.3.

<sup>12</sup> ATF 133 II 209 consid. 2.3.3. et ATAF A-1432/2016 du 5 avril 2017 consid. 5.6.1.



doivent être examinés dans leur globalité, en privilégiant l'aspect diplomatique et politique de l'affaire et des intérêts en jeu. Le gouvernement azéri réagirait de manière extrêmement sensible en cas de publication d'informations et cela indépendamment du contenu précis – sensible ou non – des documents publiés.

23. L'accès à la plupart des documents a été refusé en application de l'art. 7, al. 1, let. d, LTrans. Le SG-DETEC s'appuie sur la décision du Tribunal fédéral du 18 mai 2016 pour expliquer la manière dont les considérants de ladite décision (consid. 4.2 et 4.3) peuvent être appliqués aux documents du cas d'espèce. Il insiste sur la portée politique et diplomatique de l'affaire : le simple fait de divulguer ce genre de documents causerait une irritation de la part de l'Azerbaïdjan, une dégradation des rapports avec ce pays et une perte de confiance de tous les pays concernés vis-à-vis de la Suisse, et ce indépendamment des informations divulguées et du fait qu'elles ne soient plus d'actualité.
24. Au cours de la procédure de médiation, le Préposé examine la motivation de l'autorité relative au motif d'exception invoqué. Pour ce faire, le Préposé reprend la catégorisation des documents proposée sous chiffre 11.
- Doc. 0.2 et 1.20 : lettre de la Présidente de la Confédération au Président azéri (même document joint deux fois au dossier). Le Préposé est d'avis qu'il s'agit bien d'un document émanant du Conseil fédéral, lequel est exclu du champ d'application personnel de la loi sur la transparence en tant qu'autorité gouvernementale collégiale (art. 2, al. 1, let. a LTrans *a contrario*<sup>13</sup>). Dans les faits, la Présidente de la Confédération a signé cette lettre en sa qualité de membre du Conseil fédéral et non en tant que cheffe de Département (tel qu'indiqué par l'en-tête de la lettre). Seuls les actes des conseillers fédéraux agissant dans leur fonction de chef de Département sont soumis à la loi sur la transparence<sup>14</sup>. L'accès à ces documents a donc été refusé à juste titre.
  - Doc. 0.1, 0.3, 0.4, 1.1, 1.2 et 1.3 : le document 1.1 est le projet du 0.3 et le document 1.2 celui du 0.1. Il s'agit de deux lettres de la conseillère fédérale Doris Leuthard adressées au ministre azéri de l'industrie et de l'énergie, auxquelles s'ajoute une lettre adressée à des acteurs privés ou semi-privés (doc. 0.4). Ces documents ont été signés par la conseillère fédérale en tant que cheffe du DETEC. Le document 1.3 est la feuille d'accompagnement du document 0.3. Le SG-DETEC fait valoir ici l'exception de l'art. 7, al. 1, let. d, LTrans et cite, en soutien de sa position, le message de la loi sur la transparence ainsi que le Handkommentar BGÖ. Alors que le message reste muet à propos de la correspondance entre États, le Handkommentar BGÖ aborde quant à lui le sujet de la confidentialité de documents produits par un État étranger et remis aux autorités suisses en indiquant qu'il s'agit d'informations que cet État met à disposition de la Suisse. Dans le cas d'espèce, il s'agit de la situation contraire. S'agissant de lettres provenant d'un ministre suisse et adressées à un ministre étranger, donc de documents officiels échangés dans le cadre des relations diplomatiques et reconnues par la doctrine comme relevant d'un domaine sensible<sup>15</sup>, le Préposé est d'avis que cette correspondance doit rester confidentielle. Seul le consentement préalable de l'État azéri pourrait faire tomber cette clause de confidentialité. L'accès à ces documents a donc été refusé à juste titre.
  - Doc. 1.4 : note informative de la cheffe du DETEC à l'attention du Conseil fédéral. Dans ce cas, un conseiller fédéral a soumis une note d'information à tout le Conseil fédéral en suivant

<sup>13</sup> FF 2003 1985 ; ATF 136 II 399 consid. 2.2.

<sup>14</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. 2.2.2.

<sup>15</sup> Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), n° 33 ad art. 7.



la procédure ordinaire prévue par les directives sur les affaires du Conseil fédéral (classeur rouge)<sup>16</sup>. La cheffe du DETEC a ainsi produit ce document dans le cadre de son activité au sein du gouvernement qui, comme déjà indiqué plus haut, est exclu du champ d'application de la loi sur la transparence (art. 2, al. 1, let a, *a contrario*)<sup>17</sup>. Le Préposé est d'avis que l'accès à ce document a été refusé à juste titre.

- Doc. 1.7 et 1.16 : il s'agit de deux documents quasiment identiques rédigés par l'OFEN en collaboration avec la direction politique du DFAE. Ces derniers consistent en une note à caractère informatif concernant différents projets de gazoduc et contenant des jugements de valeur de la part de la Suisse. Sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>18</sup> et de la motivation de l'autorité, le Préposé est d'avis que le poids politique de ces informations est tel qu'il justifie un refus de leur transmission en application de l'art. 7, al. 1 let. d LTrans.
- Doc. 1.8, 1.10, 1.11, 1.13, 1.14, 1.17, 1.19 et 3.1 : il s'agit de différents types de documents : des notes internes avec des instructions, dont le contenu est similaire (doc. 1.8, 1.11, 1.13, 1.17) ; un rapport concernant une rencontre entre hauts fonctionnaires tenue à Baku en juin 2011 (doc. 1.10) ; le Memorandum of Understanding entre la Suisse et l'Azerbaïdjan (MoU) pour la coopération dans le domaine de l'énergie du 9 octobre 2007 (doc. 1.14) ; note de A concernant sa visite à Baku du 14 novembre 2011 (doc. 1.19) et le programme de la visite à Baku de Walter Steinmann en janvier 2013 (doc. 3.1). L'autorité regroupe ces documents dans la même catégorie et renvoie à ses motivations de principe (cf. ch. 9 et 10).
  - o Doc. 1.14 : le MoU est une déclaration officielle d'entente conclue entre deux États. Contrairement aux conventions internationales, le MoU n'est jamais ratifié par les parlements et n'a pas de valeur juridique contraignante. Il s'agit toutefois d'un acte officiel signé par des ministres agissant dans le cadre de leur fonction et qui contient des déclarations et intentions officielles de la part des pays signataires. Il ne s'agit pas d'un échange de lettres qui pourrait justifier une certaine confidentialité dans le domaine diplomatique, ceci d'autant plus que le texte ne contient pas d'information sensible. Ce MoU figure aussi dans la « banque de données des traités internationaux » du DFAE<sup>19</sup>, bien que le texte intégral ne soit pas publié. Le Préposé ne voit pas pour quelle raison cet acte officiel devrait tomber sous l'exception de l'art. 7, al. 1, let. d, LTrans. L'autorité n'a d'ailleurs pas motivé les raisons du refus d'accès, elle a seulement indiqué ne pas être tenue de publier le texte.
  - o En ce qui concerne les autres documents, le Préposé constate qu'ils contiennent des jugements de valeur politiques portant sur certains États et projets. Il s'agit d'affirmations politiquement sensibles, quand bien même l'affaire n'est plus actuelle. Il est compréhensible que ces déclarations puissent contrarier les pays concernés et causer une perte de confiance de ces derniers à l'égard de la Suisse. Ainsi, sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>20</sup> et des motivations de l'autorité, le Préposé est d'avis que la portée politique de ces informations est telle qu'elle justifie un refus de leur transmission en application de l'art. 7, al. 1 let. d LTrans.

<sup>16</sup> <[http://intranet.bk.admin.ch/roter\\_ordner/06763/06779/index.html?lang=fr](http://intranet.bk.admin.ch/roter_ordner/06763/06779/index.html?lang=fr)>, consulté le 10 juin 2017.

<sup>17</sup> FF 2003 1985 ; ATF 136 II 399 consid. 2.2. ; 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. 2.2.2. Les notes d'information y sont explicitement mentionnées.

<sup>18</sup> ATF 1C\_296/2015 du 18 mai 2016 consid. 4.2.

<sup>19</sup> <[https://www.dfae.admin.ch/eda/fr/dfaef/politique-exterieure/droit-international-public/traites-internationaux/banque-donnees-traites-internationaux.filterResults.term.country10003.organization-1.topic-1.par\\_contractfilter\\_page2.html?\\_charset\\_=UTF-8#accessibleabscontent4-1](https://www.dfae.admin.ch/eda/fr/dfaef/politique-exterieure/droit-international-public/traites-internationaux/banque-donnees-traites-internationaux.filterResults.term.country10003.organization-1.topic-1.par_contractfilter_page2.html?_charset_=UTF-8#accessibleabscontent4-1)>, consulté le 10 juin 2017.

<sup>20</sup> ATF 1C\_296/2015 du 18 mai 2016 consid. 4.2.



- Doc. 1.9 et 1.18 : ces deux documents identiques ont été rédigés par l'OFEN en collaboration avec la direction politique du DFAE. Ils contiennent un tableau synoptique analysant la situation politique du projet TAP et d'autres projets de gazoduc. Cette analyse compare la situation de ces projets dans neuf États différents. Comme le relève l'autorité, le tableau contient des analyses relatives aux comportements et aux intérêts d'États tiers, c'est à dire des jugements de valeur et d'opportunité de la part de la Suisse. L'autorité parvient à la conclusion que la transmission doit être refusée car « les États concernés, en cas de publication, seraient, sans nul doute, fâchés et les intérêts de la Suisse seraient à différents niveaux bilatéraux mis en danger de manière non négligeable ». Sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>21</sup> et de la motivation de l'autorité, le Préposé est d'avis que la portée politique de ces informations est telle qu'elle justifie un refus de leur transmission en application de l'art. 7, al. 1 let. d LTrans.
- Doc.1.12 : courriel du SG- DETEC adressé à l'ambassadrice de Suisse à Baku dans le cadre de la préparation de la visite de la conseillère fédérale Doris Leuthard en novembre 2011. D'éventuels participants y sont mentionnés, en particulier des ministres azéris. L'autorité est d'avis que le document concerne « les capacités d'agir de la Suisse à l'étranger ». Sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>22</sup> et de la motivation de l'autorité, le Préposé est d'avis que la portée politique de ces informations est telle qu'elle justifie un refus de leur transmission en application de l'art. 7, al. 1 let. d LTrans.
- Doc. 4.1 jusqu'à 4.10 et 1.15 : bien qu'il s'agisse de documents partiellement différents quant à la forme, leur contenu se recouvre en bonne partie avec celui des documents 1.7 et 1.16 (le doc. 4.2 est presque identique). Il s'agit d'informations ou de notes internes à propos de différents projets de gazoduc et du contexte énergétique international. L'autorité a expliqué qu'ils servent (ou ont servi) au processus interne de libre formation de son opinion et à l'organisation, la planification et la préparation de la collaboration internationale avec les États tiers. Sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>23</sup> et de la motivation de l'autorité, le Préposé est d'avis que la portée politique de ces informations est telle qu'elle justifie un refus de leur transmission en application de l'art. 7, al. 1 let. d LTrans.

25. *En résumé, le Préposé recommande au SG-DETEC d'accorder l'accès aux documents 1.5, 1.6 et 1.14. Le Préposé recommande au SG-DETEC de refuser l'accès aux autres documents.*

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

- 26. Le SG-DETEC maintient sa position d'accorder l'accès aux documents 1.5 et 1.6 et communique au demandeur les références nécessaires à la consultation du document 1.6.
- 27. Le SG-DETEC accorde l'accès au document 1.14.
- 28. Le SG-DETEC maintient son refus d'accès aux autres documents.
- 29. Dans les dix jours à compter de la réception de la présente recommandation, le demandeur peut requérir que le SG-DETEC rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) s'il n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15, al. 1, LTrans).

<sup>21</sup> ATF 1C\_296/2015 du 18 mai 2016 consid. 4.2.

<sup>22</sup> ATF 1C\_296/2015 du 18 mai 2016 consid. 4.2.

<sup>23</sup> ATF 1C\_296/2015 du 18 mai 2016 consid. 4.2.



30. Le SG-DETEC rend une décision selon l'art. 5 PA s'il refuse d'octroyer l'accès conformément aux chiffres 26 et 27 de la recommandation (art. 15, al. 2, LTrans).
31. Le SG-DETEC rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la présente recommandation ou de la requête de décision (art. 15, al. 3, LTrans).
32. 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).
33. La recommandation est notifiée à :
  - **Recommandé (R) avec avis de réception**  
X
  
  - **Recommandé (R) avec avis de réception**  
SG-DETEC  
Kochergasse 6  
3003 Bern

Adrian Lobsiger