



Berne, 24 février 2022

Recommandation selon l'art. 14 de la loi sur la transparence

concernant la procédure de médiation entre

**X. et Y.
(demandeurs)**

et

Secrétariat d'Etat aux migrations SEM

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

1. D'après le communiqué de presse du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM), le rapatriement des étrangers dans leur pays d'origine, ou leur transfert dans un État tiers, ne doivent pas porter atteinte à leur santé et font donc l'objet d'un accompagnement médical. Une équipe médicale est chargée de juger si ces personnes sont aptes au transport et si nécessaire, elle assume ensuite leur accompagnement. La fourniture de ces prestations incombe à la société mandatée par le SEM, Oseara SA. À partir d'octobre 2018, les prestations médicales fournies dans ce contexte font l'objet de vérifications ponctuelles. Le SEM a confié ce mandat de contrôle à l'entreprise zurichoise JDMT Medical Services SA (cité ci-après: JDMT). Ces tâches consistent en examiner, d'une part, les décisions d'aptitude au transport et, d'autre part, la pertinence des mesures proposées. Les enseignements issus des contrôles ponctuels ont pour objectif de développer et d'améliorer les bases et les modalités des accompagnements médicaux effectués lors des rapatriements.¹
2. Conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans; RS 152.3), les demandeurs (journalistes) ont déposé, le 8 septembre 2021, une demande d'accès adressée au SEM contenant une liste de questions et requérant l'accès concernant entre autres:
 - Les contrats entre Oseara SA et le SEM

¹ SEM, Communiqué du 27.08.2018: [Le SEM attribue un mandat de contrôle des examens médicaux lors des rapatriements \(admin.ch\)](#), consulté le 18.02.22).



- Les contrats entre JDMT et le SEM
 - Les trois derniers rapports de JDMT.
3. Le 21 septembre 2021, les demandeurs, n'ayant pas reçu les documents demandés, ont relancé le SEM.
 4. Le 24 septembre 2021, le SEM a accordé un accès partiel aux demandeurs aux contrats conclus par le SEM avec Oseara SA et JDMT, en application de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans. L'autorité a indiqué aux demandeurs que sa réponse concernant les rapports d'évaluation de JDMT était différée à la mi-octobre 2021 car des examens complémentaires à l'interne et la consultation de JDMT en vertu de l'art. 11 LTrans étaient encore nécessaires.
 5. Le 7 octobre 2021, le SEM a remis aux demandeurs une prise de position, rédigée en allemand, dans laquelle il explique refuser complètement l'accès aux rapports remis par JDMT en application des 7 al. 1 let. b LTrans, art. 7 al. 1 let. d LTrans et art. 7 al. 2 LTrans. L'autorité a ajouté que la somme des nombreux caviardages l'a contrainte à refuser l'accès complet aux documents et ce également en tenant compte du principe de la proportionnalité.
 6. Par courrier daté du 25 octobre 2021, les demandeurs ont déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé).
 7. Par courrier du 27 octobre 2021, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et, le même jour, a informé le SEM du dépôt de celle-ci et lui a imparti un délai de 10 jours pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire.
 8. Le 29 octobre 2021, le SEM a transmis au Préposé les documents concernés, à savoir trois rapports, mais sans leurs annexes, et a renoncé à lui remettre une prise de position complémentaire.
 9. Le 3 décembre 2021, une séance de médiation a eu lieu, mais celle-ci n'a toutefois pas permis aux parties de trouver un accord.
 10. Les allégations des demandeurs et du SEM 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

11. Les demandeurs ont déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès du SEM et ont reçu une réponse partiellement négative. Etant partie à la procédure préliminaire de demande d'accès, ils sont légitimés 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).
12. 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

13. 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.³

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), FF 2003 1865.

³ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Eds.), Stämpfli's Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), no 8 ad art. 13.

14. Les demandeurs, dans leur demande en médiation, indiquent vouloir l'accès aux trois derniers rapports de JDMT, ces documents constituent donc l'objet de la présente procédure. D'après le SEM⁴, ces rapports portent sur l'évaluation ponctuelle des prestations médicales fournies par la société Oseara SA, qui comprend d'une part, l'examen des décisions d'aptitude au transport et, d'autre part, l'examen de la pertinence des mesures proposées. Afin de se faire une idée du contenu de ces rapports, une description sommaire est appropriée. Les documents demandés concernent trois rapports intitulés: (1) "Controlling der medizinischen Leistungen während Ausreisen: Jahresbericht 2019 zh. Staatssekretariat für Migration", (2) "SEM Fall 26 / Januar 2020" et (3) "Controlling der medizinischen Leistungen während Ausreisen Jahresbericht 2020". Deux des rapports comprennent entre 15 et 26 pages et contiennent une partie générale sur la description du mandat, la mise en place de la collaboration, le déroulement de la surveillance ainsi que des recommandations. Le troisième rapport (3 pages) comporte une évaluation relative à l'appréciation d'un cas individuel.
15. Conformément à la présomption énoncée à l'art. 6 al. 1 LTrans, tout document officiel est accessible. Si l'autorité décide de refuser l'accès à celui-ci, elle doit prouver que les conditions des art. 7-9 LTrans - instituant des exceptions au principe de la transparence – sont réalisées. L'autorité qui soulève une des exceptions de l'art. 7 al. 1 LTrans doit prouver que la publication du document causera une atteinte d'une certaine intensité, cela signifie que des conséquences mineures ou désagréables ne suffisent pas, et qu'il existe un risque sérieux que cette atteinte se produise.⁵ Si elle n'y parvient pas, elle supporte alors les conséquences du défaut de preuve.⁶ De plus, selon la jurisprudence⁷, l'autorité doit respecter le principe de la proportionnalité en ce sens que l'accès à des informations ne peut être restreint que dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour protéger des informations devant rester secrètes. Autrement dit, l'accès à un document ne peut pas simplement être entièrement refusé lorsqu'il contient des informations qui ne sont pas accessibles selon les exceptions de la loi sur la transparence. En pareil cas, un accès partiel doit être accordé à tous les passages du texte qui ne justifient d'aucun intérêt digne de protection au maintien du secret au sens des exceptions de la loi sur la transparence.⁸
16. Le SEM motive son refus sur la base de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans et relève que les rapports demandés fournissent des indications aux personnes tenues de quitter le territoire sur les méthodes à utiliser pour éviter leurs renvois. La divulgation de ces informations compromettrait les renvois.
17. Selon l'art. 7 al. 1 let. b LTrans, le droit d'accès est limité, différé ou refusé lorsque sa transmission entrave l'exécution de mesures concrètes prises par l'autorité conformément à ses objectifs. Beaucoup de pays et de cantons, qui ont introduit le principe de la transparence, ne connaissent pas de disposition comparable à l'art. 7 al. 1 let. b LTrans. Si elle était appliquée à la lettre, cette exception permettrait de justifier un refus d'accès à un grand nombre d'informations et détournerait la loi sur la transparence du but voulu par le législateur. De ce fait, la doctrine et la jurisprudence sont d'avis que cette exception doit être interprétée de manière restrictive.⁹ Elle ne doit être admise que si la mesure concrète prise par l'autorité est sérieusement compromise par la divulgation de l'information. En d'autres termes, le secret de cette mesure doit représenter la clé de son succès. Cette disposition protège en particulier les mesures qui visent à s'assurer que les citoyens respectent la loi.¹⁰ Le message relatif à la loi sur la transparence cite, à titre d'exemple, des mesures de surveillance, des inspections des autorités fiscales ou des campagnes d'information dans le domaine de la prévention du tabac.¹¹

⁴ SEM, Communiqué du 27.08.2018: [Le SEM attribue un mandat de contrôle des examens médicaux lors des rapatriements \(admin.ch\)](#) consulté le 18.02.22).

⁵ ATF 142 II 340, consid. 2.2 ; TAF, arrêt A-6745/2017 du 6 août 2018, consid. 3.2.3.

⁶ TF, arrêt 1C_14/2016 du 23 juin 2016, consid. 3.4.

⁷ ATF 133 II 206, consid. 2.3.3 et TAF, arrêt A-1432/2016 du 5 avril 2017, consid. 5.6.1.

⁸ TAF, arrêt A-746/2016 du 25 août 2016, consid. 4.2.

⁹ COTTIER, in Brunner/Mader (Edits.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (cité: Handkommentar BGÖ), Art. 7. N24; TAF, arrêt A-683/2016 du 20 octobre 2016, consid. 5.4.1

¹⁰ TAF, arrêt A-3443/2010 du 18 octobre 2010, consid. 5.2.

¹¹ FF 2003 1850.

18. Lorsque l'autorité compétente a rendu une décision de renvoi cette dernière doit être exécutée par l'autorité cantonale compétente. L'exécution peut être reportée par l'autorité compétente pour une période appropriée lorsque des circonstances particulières telles que des problèmes de santé de la personne concernée le justifient. Il convient donc de faire une distinction entre la décision de renvoi et son exécution. En l'espèce, d'après l'argumentaire du SEM, la mesure qui risque d'être compromise est le renvoi, cependant le renvoi n'est pas compromis, seule son exécution est provisoirement reportée pour garantir un rapatriement qui ne mettra pas en danger la santé de la personne rapatriée. L'aptitude au renvoi est évaluée par des professionnels de la santé mandatés par le SEM¹² sur la base des données médicales en leur possession. Fausser l'examen médical effectué par les professionnels de la santé et les résultats en découlant semble, de l'avis du Préposé, compliqué. A noter que la liste des contre-indications médicales aux rapatriements sous contrainte par voie aérienne établie par Oseara SA, à la demande du SEM, est déjà disponible en ligne.¹³ Au vu de ces éléments, le Préposé constate que, le renvoi ayant déjà été décidé, il ne voit pas de quelle manière la divulgation des rapports demandés risque effectivement de compromettre cette mesure. Il convient par ailleurs de rappeler que l'élément central de deux rapports est la surveillance de l'activité d'Oseara SA et non l'examen de cas individuels. En outre, le SEM s'est contenté d'une argumentation générale et sommaire, sans indiquer quels passages des rapports seraient constitutifs de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans, et n'a pas démontré avec le degré de motivation suffisant de quelle manière une mesure concrète risquait d'être compromise. En raison du défaut de motivation et du fait que cette exception doit être appliquée de manière restrictive, elle ne saurait être retenue.
19. Le SEM a également refusé l'accès en s'appuyant sur l'art. 7 al. 1 let. d LTrans. Il souligne que la divulgation des observations de JDMT pourrait provoquer des tensions avec les états mentionnés dans les rapports. En outre, l'autorité craint que la coopération avec ces états en matière de retour soit compromise, alors que cette coopération a été mise en place avec précaution et qu'elle est très importante pour le SEM.
20. Selon cette disposition, l'accès peut être refusé, limité ou différé lorsque les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure risquent d'être compromis. Les informations relevant des relations internationales de la Suisse sont soumises au principe de la transparence. Ces informations peuvent aussi bien se rapporter à des autorités étrangères, des entreprises privées ou à des ressortissants étrangers. Elles peuvent être gardées secrètes uniquement si leur divulgation porterait atteinte aux relations de la Suisse avec d'autres états ou avec des organisations internationales.¹⁴ Le droit d'accès ne doit pas dévoiler prématurément aux partenaires de négociation le contenu des négociations, les marges de manœuvre et autres circonstances annexes. Ne sont pas seulement concernés les prises de position ou arguments de la Suisse, mais aussi d'autres informations qui pourraient être importantes pour la poursuite des négociations. L'élément déterminant est de savoir si l'information en soi est susceptible d'affaiblir la position de départ de la Suisse dans la négociation à venir et de porter ainsi atteinte aux intérêts en matière de politique extérieure ou aux relations internationales de la Suisse.¹⁵ Dans ce contexte, l'autorité dispose, conformément à la jurisprudence¹⁶, d'une marge d'appréciation pour déterminer quelles informations seraient susceptibles de compromettre les intérêts de la Suisse, si elles étaient rendues publiques. Cela implique que l'opportunité politique d'une décision de refus d'accès prise par une autorité fédérale qui comprend une *composante essentielle de politique extérieure* n'est réexaminée qu'avec retenue par les tribunaux. Cette retenue ne s'étend cependant pas à 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. Conformément à la

¹² Art. 71b LEI; art. 27 al. 3 de la loi sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (RS 364) et art. 18 de l'ordonnance relative à l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (RS 364.3).

¹³ [SEM. Amélioration de l'échange d'informations médicales lors des rapatriements. Liste des contre-indications](#) (consulté le 21.02.22).

¹⁴ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar zum BGO, Art. 7, N30.

¹⁵ TAF, arrêt A-6315/2015 du 27 avril 2016, consid. 5.6.2.

¹⁶ TAF, arrêt A-746/2016 du 25 août 2016, consid. 5.5.2ss; TF, arrêt 1C_222/2018 du 21 mars 2019.

jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, des considérations d'ordre général sont en principe insuffisantes pour refuser un droit d'accès.¹⁷

21. Le SEM n'a à aucun moment indiqué quelles informations contenues dans les rapports demandés relevaient de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans. Si les rapports devaient éventuellement contenir des nationalités ou des pays de destination, ces derniers pourraient être caviardés. Le risque de porter atteinte aux intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure serait ainsi minime. Les dommages minimes ne sont pas suffisants pour retenir un motif d'exception. De surcroît, le SEM n'a pas fourni une motivation suffisante et convaincante.
22. Enfin, le SEM a argumenté son refus en invoquant la protection de la sphère privée (art. 7 al. 2 LTrans). D'après lui, les rapports contiennent des informations détaillées sur des cas individuels et leur accompagnement médical.
23. Selon l'art. 7 al. 2 LTrans, le droit d'accès est limité, différé ou refusé si l'accès à un document officiel peut porter atteinte à la sphère privée de tiers, à moins qu'un intérêt public à la transparence ne soit exceptionnellement jugé prépondérant. Une atteinte illicite à la sphère privée peut résulter entre autres de la communication de données personnelles au sens de l'art. 3 let. a de la loi fédérale sur la protection des données (LPD; RS 235.1). Afin de résoudre le conflit qui peut opposer l'intérêt à la protection de la sphère privée et l'intérêt à accéder aux documents officiels, la loi sur la transparence consacre à son article 9 des règles de coordination entre elle-même et la loi sur la protection des données. En présence de données personnelles, une anonymisation doit être entreprise (art. 9 al. 1 LTrans). Si cette anonymisation n'est pas possible (art. 9 al. 2 LTrans), notamment lorsque la demande accès porte sur des documents relatifs à une personne dont le nom est mentionné par la partie demanderesse, l'autorité procède, en application de l'art. 19 al. 1bis LPD, à une pesée des intérêts entre l'intérêt privé et public. L'intérêt public est défini par l'art. 1 LTrans¹⁸ et l'art. 6 al. 2 OTrans. La pondération des intérêts privés tient en particulier compte de la nature des données en question, de la fonction et de la position de la personne concernée ainsi que des possibles conséquences¹⁹ entraînées par la divulgation. Concernant l'évaluation du critère de la fonction et de la position, une distinction doit être faite entre les personnalités publiques, les employés administratifs occupant des postes de direction supérieurs, les employés administratifs hiérarchiquement subordonnés et les tiers privés. Les employés de l'administration fédérale ne peuvent pas, au vu de leur fonction publique, se prévaloir d'une protection de leur sphère privée équivalente à celle d'un tiers.²⁰ En outre, les employés administratifs occupant une position subalterne doivent, en principe, s'attendre à ce que l'on dévoile l'auteur d'un document, le nom du responsable d'un dossier ou l'opinion défendue dans l'exercice de ses fonctions. Dans ces cas, à l'issue de la pesée des intérêts, les données personnelles concernées ne devraient normalement pas être anonymisées. Indépendamment de la position de la personne, les données personnelles osent uniquement être dévoilées si cela n'entraîne pas un désavantage conséquent pour le tiers concerné.²¹ Si l'autorité conclut que l'intérêt public n'est pas prépondérant, l'accès doit être refusé, limité ou différé. Toutefois, l'autorité doit respecter le principe de la proportionnalité en ce sens que l'accès ne peut être restreint que dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour protéger des informations devant rester secrètes.²²
24. En l'espèce, bien que certaines parties du rapport contiennent des descriptions de cas individuels, ces dernières sont majoritairement anonymes. Ni le nom, ni la nationalité des personnes soumises à l'examen médical ne sont généralement indiqués. Les éventuelles nationalités figurant dans le rapport peuvent être anonymisées en application de l'art. 9 al. 1 LTrans. Les informations contenues dans un document ne pouvant pas être rattachées à une personne déterminée ou déterminable ne peuvent pas être considérées comme de données personnelles. En revanche, les

¹⁷ TAF, arrêt A-7405/2014 du 23 novembre 2015, consid. 6.3.

¹⁸ ATF 142 II 340, consid. 4.5; TAF, arrêt A-6/2015 du 26 juillet 2017, consid. 4.1.

¹⁹ TF, arrêt 1C_14/2016 du 23 juin 2016, consid. 3.4.

²⁰ TAF, arrêt A-6054/2013 du 18 mai 2015, consid. 4.2.2.

²¹ TAF, arrêt A-7405/2014 du 23 novembre 2015, consid. 6.5.4.

²² TAF, arrêt A-746/2016 du 25 août 2016, consid. 4.2 ; Recommandation du PFPDT du 23 décembre 2016 : DFAE/ Rapport sur la fondation des immeubles pour les organisations internationales, ch. 12.

rapports contiennent les données personnelles de quelques collaborateurs²³ d'Oseara SA ou de JDMT. Le SEM n'a cependant pas amené d'éléments permettant de démontrer l'existence du risque d'une atteinte sérieuse. Par ailleurs, les questions soulevées par l'activité d'Oseara SA et de JDMT tant auprès des médias²⁴ que des parlementaires²⁵, dénotent un besoin particulier d'information du public. En raison d'un défaut de motivation du SEM et en tenant compte du fait qu'il existe un intérêt public prépondérant (art. 6 al. 2 let. a OTrans), l'exception de l'art. 7 al. 2 LTrans ne peut être retenue.

25. Le SEM n'ayant motivé aucune des exceptions soulevées avec le degré de motivation suffisant exigé par la jurisprudence, l'accès aux rapports demandés, annexes comprises, doit être accordé.

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 Secrétariat d'Etat aux migrations accorde l'accès aux rapports demandés, annexes comprises, en tenant compte du principe de la proportionnalité.
27. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, les demandeurs peuvent requérir que le Secrétariat d'Etat aux migrations rend une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) s'ils ne sont pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
28. Le Secrétariat d'Etat aux migrations rend une décision selon l'art. 5 PA s'il refuse d'octroyer l'accès conformément à la recommandation du Préposé (art. 15 al. 2 LTrans).
29. Le Secrétariat d'Etat aux migrations rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation ou de la requête de décision (art. 15 al. 3 LTrans).
30. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, les noms des demandeurs sont anonymisés (art. 13 al. 3 OTrans).
31. La recommandation est notifiée à :
- Recommandé (R) avec avis de réception
Y.

 - Recommandé (R) avec avis de réception
X.

 - Recommandé (R) avec avis de réception
Secrétariat d'Etat aux migrations
Quellenweg 6
3003 Berne

Reto Ammann
Chef Domaine de direction
Principe de la transparence

Mélissa Beutler
Juriste Domaine de direction
Principe de la transparence

²³ TAF, arrêt A-4903/2016 du 22 mai 2017, consid. 6.2 ss.

²⁴ [Demandes d'asile: ils sont malades et pourtant renvoyés \(lenouvelliste.ch\)](#); [Oseara begleitet Ausserschaffungsflüge weiter \(watson.ch\)](#); [Jungfrau Zeitung - Bund vergibt heiklen Job bei Ausschaffungen neu.](#)

²⁵ [21.3109 | Renvoi forcé de requérants d'asile. Besoin d'éthique et de transparence? | Objet | Le Parlement suisse \(parlament.ch\)](#); [19.3529 | Contrôle de l'encadrement médical des renvois forcés. Renseignements erronés fournis par le SEM | Objet | Le Parlement suisse \(parlament.ch\)](#)