



Berne, le 4 février 2021

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

**X
(demandeur)**

et

Secrétariat d'Etat aux migrations SEM

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 (avocat) a déposé, le 1^{er} septembre 2020, une demande d'accès adressée au Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) concernant :
 - "die "Argumentationshilfen" concernant l'Erythrée mentionnées chiffre 2, 3^{ème} paragraphe, de la Prise de position [Eritrea: Stellungnahme betreffend Eingaben im Zusammenhang mit dem CAT-Urteil C/65/D811/2917 vom 7. Dezember 2018];
 - das "APPA" [Asyl Praxis/Pratique en matière d'asile];
 - toutes les ("*Länder*")Bausteine concernant l'Erythrée, la Baustein "*Allgemeine Lage*" concernant l'Erythrée, toutes les "*Argumentationshilfen*" concernant l'Erythrée, auxquelles il est fait référence au chiffre 3, paragraphes 3 et 4, de la Prise de position;
 - die Argumentationshilfe "*Wegweisungsvollzugshindernisse*" concernant l'Erythrée, auxquelles il est, en particulier, fait référence au chiffre [3] paragraphe 7."
2. Par e-mail du 1^{er} octobre 2020, le SEM a transmis une partie des documents demandés. L'autorité a néanmoins refusé l'accès à l'APPA en se basant sur l'art. 7 al. 1 let. b LTrans, car "[l']APPA décrit en détail les pratiques du SEM en matière d'asile et d'expulsion à l'égard d'un pays particulier. Ces documents décrivent en détail l'approche et les priorités du SEM dans l'évaluation des demandes d'asile correspondantes. La publication de ces documents fournirait aux tiers une sorte de guide sur la procédure d'asile en Suisse. Cela porterait atteinte à l'objectif de la procédure d'asile ainsi qu'au travail du SEM ou du Tribunal administratif fédéral. Dans la procédure d'asile et dans toute procédure de recours, les requérants d'asile doivent présenter de manière impartiale les motifs qui les ont conduits à fuir. C'est sur cette base qu'il sera décidé si les personnes concernées obtiendront ou non l'asile en Suisse."



3. Le 21 octobre 2020, le demandeur a déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé) et a limité sa demande à l'APPA.
4. Par courrier du 23 octobre 2020, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et, le même jour, a informé le SEM du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai jusqu'au 2 novembre 2020 pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire.
5. Le 30 octobre 2020, le SEM a transmis au Préposé les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire qui reprend largement la prise de position du 1^{er} octobre 2020. L'autorité y a toutefois ajouté l'argument suivant: "avec la publication de l'APPA sur l'Érythrée, il existe un risque que les requérants d'asile érythréens qui en prennent connaissance l'utilisent afin d'augmenter leurs chances d'obtenir une décision d'asile positive en ne présentant plus leurs propres motifs de fuite vers la Suisse."
6. Le 17 novembre 2020, une séance de médiation a eu lieu, mais celle-ci n'a toutefois pas permis aux parties de trouver un accord.
7. Les allégations du demandeur 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

8. Le demandeur a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès du SEM et a reçu une réponse (partiellement) négative. Etant 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).
9. 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.¹ 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

10. 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.²
11. Afin d'examiner la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité, il convient de décrire sommairement les éléments figurant dans le document demandé. Ledit document contient entre autres des directives pratiques spécifiques à l'Erythrée, des analyses

¹ 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.

² GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Eds.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), n° 8 ad art. 13.



de la situation ainsi que des informations sur le pays qui sont déjà, en partie, connues du public³, des listes de questions générales, des instructions à destination des collaborateurs du SEM, des renvois vers d'autres documents, de la jurisprudence ainsi que des dispositions légales.

12. Par ses prises de position du 1^{er} et 30 octobre 2020, le SEM fait appel à l'exception de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans pour refuser l'accès au document demandé (cf. chiffres 2 et 5). L'autorité mentionne en sus que la publication de l'APPA porterait gravement atteinte au mandat légal du SEM dans le domaine de la procédure de l'asile et que pour les raisons évoquées, l'accès au document a été entièrement refusé.
13. Le demandeur relève que sa demande vise à "rendre le processus décisionnel de l'administration plus transparent, dans des procédures dans lesquelles les requérant-e-s ont en jeu des risques réels pour leur vie, et de traitements inhumains et dégradants [...]" et sollicite donc un accès complet à l'APPA.
14. 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.⁴ Si elle n'y parvient pas, elle supporte alors les conséquences du défaut de preuve.⁵ De plus, selon la jurisprudence⁶, 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 LTrans. 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 LTrans.⁷
15. 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. Selon la doctrine et la jurisprudence, cette exception doit être interprétée de manière restrictive.⁸ Elle ne doit être admise que si la mesure concrète et individuelle prise par l'autorité est sérieusement compromise par la divulgation de l'information.⁹ 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 L'exception peut ainsi être invoquée lorsque, avec une grande probabilité, une mesure n'atteindrait plus ou pas entièrement son but

³ https://coi.easo.europa.eu/administration/easo/PLib/2019_EASO_COI_Eritrea_National_service_exit_and_return.pdf (consulté le 13.01.21).

⁴ ATF 142 II 340, c. 2.2 ; TAF, arrêt A-6745/2017 du 6 août 2018, c. 3.2.3.

⁵ TF, arrêt 1C_14/2016 du 23 juin 2016, c. 3.4; TAF arrêt A-6003/2019 du 18 novembre 2020, c. 2.1.

⁶ ATF 133 II 206, c. 2.3.3 et ATAF A-1432/2016 du 5 avril 2017, c. 5.6.1.

⁷ TAF, arrêt A-746/2016 du 25 août 2016, c. 4.2 ; Recommandation du PFPDT du 23 décembre 2016 : DFAE/ Rapport sur la fondation des immeubles pour les organisations internationales, ch. 12.

⁸ COTTIER, in Brunner/Mader (Edit.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), n. 24 ad art. 7; TAF, arrêt TAF A-683/2016 c. 5.4.1; TAF, arrêt A-4571/2015 du 10 août 2016, consid. 6.1; TAF, arrêt A-3443/2010 du 18 octobre 2010, c. 5.2.

⁹ ATF 144 II 77, c. 4.2.

¹⁰ ATF 144 II 77, c. 4.3; TAF, arrêt A-3443/2010 du 18 octobre 2010, c. 5.2.



si certaines informations qui préparent cette mesure étaient rendues accessibles.¹¹ D'après la jurisprudence¹², sont entre autres protégés par cette disposition, les enquêtes, les inspections et le contrôle administratif. En revanche, la disposition ne couvre pas la réalisation des tâches générales ou des activités de contrôle d'une autorité publique dans son ensemble.¹³

16. En l'espèce, une des tâches générales du SEM est d'exécuter les procédures d'asiles. L'APPA est un guide pratique à destination des collaborateurs qui les aide à accomplir cette tâche. Une partie de l'APPA est déjà connue du public puisqu'elle est constituée de jurisprudence, de bases légales et d'informations sur le pays qui sont disponibles sur internet. L'APPA contient également de nombreux renvois vers d'autres documents. Un simple renvoi ne remplit pas les conditions de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans. Le guide contient aussi des indications à destination des collaborateurs. Ces dernières sont majoritairement des marches à suivre ou des instructions pour les collaborateurs du SEM et ne semblent pas permettre aux requérants d'adapter leur comportement. Concernant les questions qui peuvent être qualifiées de générales, le Préposé souligne à cet égard que le Tribunal administratif fédéral a précisé dans un de ses arrêts que "[d]as Anliegen der Beschwerdeführenden, als Bürger, aber auch als für Versicherungsrecht spezialisierte Anwälte zu erfahren, welche Kriterien die sog. Checkliste beinhaltet, um überprüfen zu können, ob diese sachlich gerechtfertigt sind oder nicht, hat gegenüber dem geltend gemachten Geheimhaltungsinteresse der Vorinstanz vorzugehen".¹⁴ Au regard de cette jurisprudence, le Préposé est de l'avis que les critères sur lesquels se basent une décision qui aura des conséquences sur le statut d'une personne devraient être accessibles, afin de pouvoir déterminer s'ils sont objectivement justifiés ou non.
17. Le reste de l'APPA contient des passages qui ne peuvent être décrits dans cette recommandation sans que cela ne risque d'entraver une mesure concrète prise par l'autorité (art. 13 al. 2 OTrans). Bien que ces parties n'aient pas été clairement désignées par le SEM (puisque l'autorité souhaitait complètement refuser l'accès), le Préposé constate que le document demandé contient effectivement des passages qui par leur divulgation pourraient avoir une influence sur la manière qu'auraient les requérants de présenter impartialement les motifs qui les ont conduits à fuir leurs pays. La divulgation de ces passages risque d'entraver la mesure concrète prise par l'autorité, l'argumentation du SEM peut donc être suivie sur ce point.
18. *Le Préposé constate que certains passages du document demandé risquent d'entraver une mesure concrète prise par le SEM. Par conséquent, en tenant compte du principe de la proportionnalité, le SEM identifie et caviarde les passages qui risquent sérieusement d'entraver la mesure prise (dans la mesure où ils en constituent la clé) et accorde un accès partiel au document demandé.*

¹¹ FF 2003 1850; TAF, arrêt A-4781/2019 du 17 juin 2020, c. 5.4.1.

¹² TAF, arrêts A-4781/2019 du 17 juin 2020, c. 5.4.1 et A-3334/2019 du 3 novembre 2020, c. 4.2.1.

¹³ TAF, arrêt A-4781/2019 du 17 juin 2020, c. 5.4.1.

¹⁴ TAF, arrêt A-3443/2010 du 18 octobre 2010, c. 5.5.



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

19. Le Secrétariat d'Etat aux migrations caviarde, en tenant compte du principe de la proportionnalité, les passages remplissant les conditions de l'art. 7 al.1 let. b LTrans et accorde un accès partiel au document demandé.
20. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, le demandeur peut requérir que le Secrétariat d'Etat aux migrations 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).
21. 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 (art. 15 al. 2 LTrans).
22. 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).
23. 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).
24. La recommandation est notifiée à :
 - Recommandé (R) avec avis de réception
X.
 - Recommandé (R) avec avis de réception
Secrétariat d'Etat aux migrations

Reto Ammann

Mélissa Beutler