

BVGer A-2022/2021 vom 7. Juni 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-06-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-2022_2021

FR: TAF A-2022/2021 du 7 juin 2022

IT: TAF A-2022/2021 del 7 giugno 2022

Regeste

Principe de la transparence

Erwägungen

E. 1.1

Sous réserve des exceptions figurant à l'art. 32 LTAF - non pertinentes en l'espèce -, le Tribunal administratif fédéral connaît, en vertu de l'art. 31 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions des départements et des unités de l'administration fédérale peuvent être portées devant le Tribunal administratif fédéral en application de l'art. 33 let. d LTAF.

E. 1.2

Le SEM est une unité de l'administration fédérale centrale (cf. annexe 1 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998 [OLOGA, RS 172.010.1] par renvoi de l'art. 8 al. 1 let. a). L'acte attaqué satisfaisant aux conditions prévalant à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 PA, le Tribunal est compétent pour connaître du litige.

E. 1.3

La procédure est régie par la PA, pour autant que la LTAF (cf. art. 37 LTAF) ou les dispositions spéciales consacrées par la législation matérielle applicable, ici la LTrans et l'ordonnance du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence dans l'administration (ordonnance sur la transparence [OTrans, RS 152.31]), n'en disposent autrement (cf. ég. art. 16 al. 1 LTrans).

E. 1.4

Pour le surplus, déposé en temps utile (art. 50 al. 1 PA) et en la forme requise (art. 52 PA), par le destinataire de la décision litigieuse, lequel a participé à la procédure devant l'autorité inférieure et possède un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 48 al. 1 PA), le recours est recevable sur ce plan et il peut être entré en matière sur ses mérites.

E. 2.1

Le Tribunal constate les faits et applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. Pierre Moor/Etienne Poltier, Droit administratif, vol. II, Berne 2011, p. 300 s.). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce dont il découle que le Tribunal définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (cf. art. 12 PA). Les parties

doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (cf. art. 13 PA) et motiver leur recours (cf. art. 52 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 122 V 157 consid. 1a ; ATAF 2012/23 consid. 4, 2007/27 consid 3.3).

E. 2.2

Le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (cf. art. 49 let. a PA), la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (cf. art. 49 let. b PA) ou l'inopportunité (art. 49 let. c PA ; cf. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7e éd., Zurich/St-Gall 2016, ch. 1146 ss ; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2e éd., Bâle 2013, ch. 2.149, p. 73).

E. 3.1

L'objet du présent litige consiste à déterminer si c'est à bon droit que l'autorité inférieure a refusé totalement l'accès du recourant à l'APPA concernant l'Erythrée en se fondant sur les exceptions consacrées à l'art. 7 al. 1 let. b et d LTrans.

E. 3.2

Afin de bien saisir l'enjeu de la présente affaire, il convient, à titre liminaire, de décrire brièvement ce que sont les Pratiques en matière d'asile (APPA) et leur utilité dans la pratique de l'autorité inférieure. Les APPA forment des lignes directrices à l'attention du personnel du SEM dans la pratique en matière d'asile et de renvoi vers un pays d'origine donné. Ces documents décrivent la pratique d'asile et de renvoi de l'autorité inférieure, celle-ci s'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal de céans, en relation avec certains pays, et vise à assurer une certaine unité de pratique dans le traitement des dossiers (cf. la décision attaquée). Comme cela ressort également de la décision de l'autorité inférieure, ces documents sont conçus et structurés de manière à ce que le personnel chargé de traiter les demandes d'asile puisse accéder rapidement aux informations nécessaires pour établir les faits juridiquement pertinents en procédure d'asile et rendre des décisions conformes à la pratique et à la jurisprudence. De fait, ces directives, disponibles sur le site Intranet de l'autorité inférieure, encadrent le travail d'instruction et de qualification des spécialistes asile du SEM, dans la mesure où elles suggèrent parfois certaines questions à poser lors des auditions et documentent les motifs d'asile généralement avancés par les requérants en provenance de certains pays d'origine tout en exposant la pratique topique à leur égard (cf. Jonathan Miaz, in: Leyvraz Anne-Cécile, Rey Raphaël, Rosset Damian, Stünzi Robin (eds.), *Asile et abus Regards pluridisciplinaires sur un discours dominant* chap. 8, De la « lutte contre les abus » aux dispositifs et pratiques de contrôle des demandes d'asile, 2020, p. 193-217, p. 203 ; Jonathan Miaz, *Le Droit et ses médiations : pratiques d'instruction des demandes d'asile et encadrement institutionnel des décisions*. *Politique et Sociétés*, 38, (1), p. 71-98, p. 83-86). L'APPA sur l'Erythrée contient également les questions auxquelles les Ambassades de certains pays proches de l'Erythrée sont en mesure ou non de répondre.

E. 4

Il s'agit à présent de rappeler le cadre légal général applicable en matière de transparence dans l'administration.

E. 4.1

La LTrans vise à promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration fédérale. À cette fin, elle contribue à l'information du public en garantissant l'accès aux documents officiels (art. 1 LTrans). Ce droit d'accès général concrétise le but essentiel de la loi, qui est de renverser le principe du secret de l'activité de l'administration au profit de celui de transparence (cf. ATF 142 II 340 consid. 2.2, 142 II 324 consid. 3.4 ; arrêt du Tribunal fédéral [TF] 1C_462/2018 du 17 avril 2019 consid. 3.2 ; ATAF 2016/18 consid. 4.1, 2014/24 consid. 3.1). Il s'agit, en effet, de susciter la confiance du citoyen en l'administration et en son fonctionnement, de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques, tout en améliorant le contrôle des autorités étatiques (cf. ATF 136 II 399 consid. 2.1 ; ATAF 2011/52 consid. 3 ; Message du Conseil fédéral relatif à loi fédérale sur la transparence [Message LTrans], FF 2003 1807ss, 1819, 1827 ; arrêt du TF 1C_59/2020 du 20 novembre 2020 consid. 4.1).

E. 4.2

Ainsi, pour autant que la LTrans soit applicable à raison de la personne et de la matière (cf. art. 2 et 3 LTrans) et qu'aucune disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans n'existe, toute personne a le droit de consulter - et de demander une copie sous réserve des droits d'auteur - des documents officiels (cf. art. 5 LTrans) et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités (art. 6 al. 1 et al. 2 LTrans), sans devoir justifier d'un intérêt particulier (cf. ATF 142 II 340 consid. 2.2, 133 II 209 consid. 2.1). La LTrans fonde donc une présomption en faveur du libre accès aux documents officiels (cf. ATF 142 II 340 consid. 2.2 et les références citées).

E. 4.3

Dès lors, si l'autorité décide de limiter ou refuser l'accès à des documents officiels, elle supporte le fardeau de la preuve destiné à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels, instituée par la LTrans. En d'autres termes, elle doit exposer pour quel motif et dans quelle mesure une ou plusieurs des exceptions légales figurant aux art. 7 et 8 LTrans est ou sont réalisées (cf. ATF 142 II 324 consid.3.4 ; ATAF 2014/24 consid. 3, ATAF 2011/52 consid. 6 ; Message LTrans, op. cit., FF 2003 1807 ss, 1844; Pascal Mahon/Olivier Gonin in: Stephan C. Brunner/Luzius Mader [éd.], Öffentlichkeitsgesetz, Handkommentar, Berne 2008 [ci-après : Öffentlichkeitsgesetz], ad art. 6 N 11).

E. 4.4

Dans les cas spécifiés à l'art. 7 al. 1 LTrans, l'accès aux documents officiels est restreint, différé ou refusé.

E. 4.4.1

Les intérêts publics (let. a à f) ou privés (let. g et h) énoncés à l'art. 7 al. 1 LTrans, qui peuvent justifier le maintien du secret, doivent alors revêtir un caractère prépondérant par rapport à l'intérêt (public) à l'accès auxdits documents, respectivement à la transparence. La loi procède par avance à une pesée des intérêts en cause, dans la mesure où elle énumère de manière exhaustive les différents cas où les intérêts publics ou privés apparaissent prépondérants (cf. ATF 144 II 77 consid. 3 ; ATAF 2014/24 consid. 3.4, 2011/53 consid. 6, 2013/50 consid. 8.1, arrêts du Tribunal administratif fédéral [TAF] A-2352/2017 du 11 décembre 2019 consid. 4.4.1, A-6475/2017 du 6 août 2018 consid. 3.2.3, A-3884/2017 du 6 septembre 2018 consid. 3.3.1, A-3649/2014 du 25 janvier 2016 consid. 8.2.1, A-3621/2014 du 2 septembre 2015 consid. 4.2.1, A-700/2015 du 26 mai 2015 consid. 4.2 ; Urs Steimen, in: Maurer-Lambrou/Blechta [éd.], Basler Kommentar Datenschutzgesetz,

Öffentlichkeitsgesetz, 3 éd., 2014 [BSK DSG/BGÖ], ad art. 7 LTrans N 3 ; Bertil Cottier/Rainer J. Schweizer/Nina Widmer, in: Öffentlichkeitsgesetz, ad art. 7 N 3 et 5). Cela étant, il revient ensuite à l'autorité d'examiner de cas en cas si les exceptions légales sont réalisées.

E. 4.4.2

En effet, pour que les clauses d'exclusion figurant à l'art. 7 al. 1 LTrans trouvent application, il faut que l'éventuel préjudice consécutif à la divulgation atteigne une certaine intensité et que le risque de sa survenance, selon le cours ordinaire des choses, soit hautement probable (cf. ATAF 2013/50 consid. 8.1, ATAF 2011/52 consid. 6 ; Urs Steimen, in: BSK DSG/BGÖ, ad art. 7 LTrans N 4, Cottier/Schweizer/Widmer, in: Öffentlichkeitsgesetz, ad art. 7 N 4). Une conséquence mineure ou simplement désagréable engendrée par l'accès ne saurait constituer une telle atteinte (cf. ATF 144 II 77 consid. 3 et les références citées, 142 II 340 consid. 2.2, 133 II 209 consid. 2.3.3). L'atteinte menaçante doit être importante. Si sa survenance ne doit pas apparaître comme certaine, cette atteinte ou menace ne saurait uniquement être imaginable ou possible, au risque de vider de son sens le changement de paradigme introduit par la LTrans (cf. ATF 142 II 324 consid. 3.4 ; arrêt du TAF A-1751/2017 du 1er mai 2020 consid. 8.3). Comme en général en matière de limitation des droits fondamentaux, ces clauses d'exclusion doivent être interprétées restrictivement (cf. arrêts du TAF A-1751/2017 du 1er mai 2020 consid. 8.3, A-3649/2014 du 25 janvier 2016 consid. 8.2.1, A-700/2015 du 26 mai 2015 consid. 4.2 et les références citées). Dans tous les cas, en application du principe de la proportionnalité (cf. art. 5 al. 2 Cst.), lorsqu'une limitation paraît justifiée, l'autorité doit choisir la variante la moins incisive et qui porte le moins possible atteinte au principe de la transparence (cf. ATF 142 II 324 consid. 3.3 ; 142 II 313 consid. 3.6 ; ATAF 2013/50 consid. 9.3, arrêts du TAF A-6475/2017 du 6 août 2018 consid. 3.2.2 ; A-3367/2017 du 3 avril 2018 consid. 3.4). Ainsi, l'accès ne peut pas simplement être refusé lorsque le document exigé contient des informations qui ne sont pas accessibles selon le catalogue d'exceptions de l'art. 7 LTrans. Dans ce cas, il convient plutôt - et autant que possible - de le restreindre, à savoir garantir un accès partiel aux informations du document, ceci par l'anonymisation, le caviardage, la publication partielle ou l'ajournement (cf. ATF 142 II 324 consid. 3.3 ; 142 II 313 consid. 3.6 ; arrêts du TAF A-2564/2018 du 5 août 2020, A-6475/2017 du 6 août 2018 consid. 3.2.2 ; Urs Steimen, in: BSK DSG/BGÖ, ad art. 7 LTrans N 9 ss.).

E. 4.5

Selon l'art. 7 al. 1 let. b LTrans, le droit d'accès est limité, différé ou refusé lorsque l'accès à un document officiel peut avoir pour effet d'entraver l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément à ses objectifs.

E. 4.5.1

Cette disposition garantit que des informations puissent être gardées secrètes lorsqu'elles servent à la préparation de mesures concrètes d'une autorité, notamment en matière de mesures de surveillance, d'inspections des autorités fiscales ou de certaines campagnes d'information (cf. ATF 144 II 77 consid. 4.3 ; Message LTrans, op. cit., FF 2003 1807 ss, 1850 ch. 2.2.2.1.2). Selon la jurisprudence, les enquêtes, les inspections et le contrôle administratif visant à garantir que les citoyens respectent la loi sont protégés par cette disposition (cf. arrêt du TAF A-4781/2019 consid. 5.4.1 et réf. cit.). Cette exception peut donc être invoquée lorsque, avec une grande probabilité, une mesure n'atteindrait plus ou

pas entièrement son but si certaines informations qui préparent cette mesure étaient rendues accessibles (cf. Message LTrans, 1850 ch. 2.2.2.1.2 ; pour un développement complet de la question, voir arrêt du TAF A-683/2016 du 20 octobre 2016 consid. 5.4). Le maintien du secret de l'information doit être vu comme la clé de la bonne exécution de la mesure envisagée (cf. Message LTrans, 1850 ch. 2.2.2.1.2 ; arrêts du TAF A-3334/2019 du 3 novembre 2020, A-4571/2015 du 10 août 2016 consid. 6.1 et les références citées).

E. 4.5.2

L'information en question, si elle doit entraver l'exécution de mesures concrètes, ne doit pas nécessairement concerner un cas particulier et concret (einzelfallbezogen). Elle peut, dans certaines circonstances, avoir pour objet la pratique d'une autorité (cf. arrêt du TAF A-683/2016 du 20 octobre 2016 consid. 5.4.1 ; Urs Steimen, in: BSK DSG/BGÖ, ad art. 7 LTrans N 20). Toutefois, l'accomplissement de tâches générales ou l'activité de surveillance d'une autorité dans son ensemble ne sont pas couverts par cette disposition (cf. ATF 144 II 77 consid. 4.2 s. ; not. arrêt du TAF A-4781/2019 précité du 17 juin 2020 consid. 5.4.3 et les références citées).

E. 4.5.3

Il convient d'observer que, dans un arrêt du 18 octobre 2010 concernant la publication d'une liste de contrôle de l'assurance invalidité (checklist de l'AI), auquel le Préposé fédéral et le recourant ont fait référence dans la présente affaire, la Cour de céans a estimé qu'il fallait distinguer entre, d'une part, un questionnaire standardisé utilisé par les collaborateurs de l'AI au moment du triage des cas servant à détecter les tentatives d'abus, et, d'autre part, la préparation d'une mesure relative à un cas concret, comme par exemple, la communication de méthodes d'investigation ou du fait qu'une investigation était en cours. Ainsi, la Cour a conclu que la préoccupation des recourants, en tant que citoyens et avocats spécialisés en matière de droit des assurances, de connaître les critères contenus dans la liste de contrôle afin de pouvoir vérifier si ces derniers étaient justifiés ou non devait prévaloir sur l'intérêt de l'autorité au maintien (arrêt du TAF A-3443/2010 du 18 octobre 2010 consid. 5.5).

E. 4.6

L'art. 7 al. 1 let. d LTrans permet de limiter, différer ou refuser l'accès à un document officiel qui risque de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales.

E. 4.6.1

Ce risque existe lorsque la divulgation d'informations est de nature à affaiblir la position du pays dans des négociations actuelles et futures (cf. art. 8 al. 4 LTrans) ou à altérer ses relations avec d'autres Etats ou organisations internationales. Le préjudice encouru pour la Suisse en cas de divulgation des documents en cause doit être important et il doit exister un risque sérieux qu'il se produise pour admettre une exception au principe de la transparence (cf. not. ATF 142 II 313, consid. 4.2 ; arrêt du TF 1C_222/2018 du 21 mars 2019 consid. 4.1 ; arrêts du TAF A-2565/2020 du 17 janvier 2022 consid. 5.3.1, A-4494/2020 du 20 avril 2021 consid. 5.2 et les références citées). Selon la doctrine, peuvent tomber dans le champ d'application de cette exception les rapports ou les notes analysant la situation sur place d'un pays ou exposant la politique étrangère de son gouvernement. La publication de remarques critiques à l'endroit du gouvernement étranger peut également conduire à une détérioration des relations bilatérales (cf. Cottier/Schweizer/Widmer, in: Öffentlichkeitsgesetz, ad art. 7 N 31-32).

E. 4.6.2

L'art. 7 al. 1 let. d LTrans se réfère à des notions juridiques indéterminées et il est admis, dans ce cadre, que l'autorité administrative dispose d'un certain pouvoir d'appréciation pour déterminer quelles informations seraient en mesure de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure si elles étaient rendues publiques. Ainsi, l'opportunité politique d'une décision de refus d'accès prise par une autorité fédérale en application de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans ne doit être revue qu'avec une certaine retenue par les instances judiciaires. Cette retenue ne porte toutefois que sur l'opportunité politique de la décision et non pas sur l'appréciation juridique du litige. Là également, les autorités exécutives ne jouissent pas d'un blanc-seing et leurs décisions doivent être justifiées (nachvollziehbar) et demeurer objectives (haben sachlich zu bleiben). Les autorités exécutives doivent exercer leur pouvoir d'appréciation d'une manière conforme à leurs devoirs, en veillant à concilier les intérêts publics et privés en jeu (cf. ATF 142 II 313 consid. 4.3 ; arrêts du TAF A-2565/2020 du 17 janvier 2022 consid. 5.3.1, A-4494/2020 du 20 avril 2021 consid. 5.2).

E. 5

Sur ce vu, il convient au premier chef d'examiner si l'APPA sur l'Erythrée constitue un document officiel au sens de la LTrans. En effet, bien que le SEM ne le conteste pas de manière explicite, celui-ci ayant fondé exclusivement son refus d'accès sur les deux exceptions au principe de la transparence susmentionnées, il a indiqué, à réitérées reprises dans sa décision et au cours de la procédure, que l'APPA constituait un outil de travail interne à l'attention de ses collaborateurs exclusivement et qu'il n'avait aucunement vocation à être rendu public.

E. 5.1

Selon l'art. 5 al. 1 LTrans, on entend par document officiel toute information qui a été enregistrée sur un quelconque support (let. a), qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée (let. b) et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique (let. c). La législation sur la transparence ne connaît pas de catégorie « documents internes », qui ne seraient pas accessibles de manière générale (not. arrêt du TAF A-746/2016 du 25 août 2016 consid. 3.3 et la référence citée). Conformément à l'art. 6 al. 1 LTrans, le principe de la transparence s'applique à tous les documents officiels (cf. arrêt du TAF A-3631/2009 du 15 septembre 2009 consid. 2.1), notion qui, sous réserve des exceptions prévues à l'art. 5 al. 3 LTrans, doit être conçue de manière large (cf. arrêts du TF 1C_562/2017 du 2 juillet 2018 consid. 3.1, 1C_532/2016 du 21 juin 2017 consid. 2.1). Selon cette dernière disposition, ne sont pas considérés comme des documents officiels les documents qui sont commercialisés par une autorité (let. a), qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration (let. b) ou qui sont destinés à l'usage personnel (let. c).

E. 5.2

La notion de documents destinés à l'usage personnel (art. 5 al. 3 let. c LTrans) comprend toute information établie à des fins professionnelles mais qui est utilisée exclusivement par son auteur ou par un cercle restreint de personnes comme moyen auxiliaire (art. 1 al. 3 OTrans) ; cela vise non seulement les notes ou les copies de travail (art. 1 al. 3 in fine OTrans), mais également les résumés destinés à la rédaction d'un rapport, les projets de textes annotés ou les remarques personnelles - manuscrites ou électroniques - ajoutées à un document officiel (cf. not. ATF 142 II 324 consid. 2.5.2). Aussi, la notion de document

destiné à l'usage personnel appréhende les documents qui servent de base ou de propositions de travail (par ex. des copies de travail de documents, des propositions de corrections, des aide-mémoires ou des notes d'accompagnement), ou qui ont été échangé au sein d'une équipe ou entre des collaborateurs et leurs supérieurs. Cette exception a pour but d'écarter de la publicité des documents qui ont été conçus ou rédigés, certes, dans le cadre de l'activité professionnelle, mais qui servaient exclusivement à l'usage individuel ou interne dans un cercle de personnes étroitement délimité. La portée de ces documents est d'ailleurs restreinte de par leur contenu: il résulte des exemples ci-mentionnés que seuls des documents qui ont servi ou contribué à l'élaboration d'autres documents sont soustraits à la publicité (cf. not. ATF 142 II 324 consid. 2.5.2). Il est admis en doctrine que la pratique administrative d'une autorité n'entre pas dans l'exception des documents destinés à l'usage personnel (cf. Aurélie Gavillet, *La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse*, 2018, no 911 et les références citées).

E. 5.3

En l'occurrence, il ne fait pas de doute que l'APPA sur l'Erythrée contient des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique, à savoir le traitement des demandes d'asile déposées en Suisse, plus particulièrement de personnes de provenance érythréenne. Il s'agit d'un document se présentant sous la forme d'une version achevée destiné à un grand nombre de collaborateurs du SEM et qui oriente son activité. De fait, le document en question a pour but de favoriser une certaine cohérence dans le traitement des demandes d'asile de requérants érythréens. Il ne s'agit pas d'un simple moyen auxiliaire personnel servant de base ou de proposition de travail. Ainsi, l'APPA en question n'est pas un document destiné à l'usage personnel, mais bien un document officiel au sens de l'art. 5 al. 1 LTrans. L'allégation du SEM selon laquelle l'APPA sur l'Erythrée serait un document purement interne destiné à ses collaborateurs est ainsi dénuée de pertinence.

E. 6

Il sied désormais de déterminer, à l'aune des principes et des considérations qui ont été précédemment exposés (cf. supra consid. 4.4 et 4.5), si la publication de l'APPA sur l'Erythrée serait de nature à entraver une mesure concrète de l'autorité au sens de l'ar. 7 al. 1 let. b LTrans.

E. 6.1

Comme cela ressort des faits précédemment exposés, l'autorité inférieure estime que l'accès au document litigieux, et, de manière générale, aux autres APPA concernant d'autres pays de provenance des requérants d'asile, fournirait à des tiers une sorte de guide sur la procédure d'asile en Suisse. Selon l'autorité inférieure, une divulgation de ces documents porterait atteinte au sens et à l'objectif de la procédure d'asile, ainsi qu'au travail du SEM et du Tribunal de céans. En effet, l'autorité inférieure rappelle que les éléments avancés dans une procédure d'asile sont réputés établis s'ils sont rendus vraisemblables, raison pour laquelle il serait d'autant plus essentiel pour le bon déroulement des procédures que les requérants d'asile présentent leurs motifs de fuite et leurs arguments de manière objective et sans a priori. Si les demandeurs d'asile savaient à l'avance ce qui pourrait concrètement leur être demandé au cours des auditions, le contrôle de la crédibilité de leurs allégations auquel est tenu le SEM confinerait alors à l'absurde. Se référant à l'argument du recourant et du Préposé fédéral selon lequel les critères sur lesquels se base une décision qui aura des conséquences sur le statut d'une personne devraient être accessibles, le SEM argue que les

personnes concernées et, plus particulièrement, les mandataires spécialisés connaissent les critères généraux et les bases légales sur lesquels reposent la reconnaissance de la qualité de réfugié et de l'octroi de l'asile. Par ailleurs, le SEM est tenu de motiver ses décisions et d'indiquer les sources sur lesquelles reposent les motifs qui l'ont guidé, de sorte que son processus décisionnel serait transparent pour le requérant d'asile et, cas échéant, pour son représentant juridique au plus tard après réception de la décision. Enfin, l'autorité inférieure souligne que si un droit d'accès devait être accordé à l'APPA sur l'Erythrée, il faudrait s'attendre à ce que la pareille soit également accordée pour les APPA concernant d'autres pays, si bien que ces documents seraient nécessairement remaniés, ou devraient l'être, de sorte à servir l'objectif d'une diffusion publique. Les APPA, tels qu'ils sont actuellement conçus, ne pourraient alors plus remplir leur objectif et les collaborateurs du SEM « devraient traiter de manière moins circonstanciée les instructions concrètes concernant le traitement des demandes d'asile des ressortissants de certains pays, allant à l'encontre de [l']objectif d'unité de doctrine, qui est d'assurer l'égalité de traitement des demandes d'asile ».

E. 6.2

En substance, le recourant soutient, quant à lui, que l'autorité inférieure n'est pas parvenue à démontrer les conditions de réalisation de l'exception de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans. En effet, le SEM n'aurait désigné aucune mesure visant un cas individuel et concret susceptible d'être compromise par la publication du document en question. En tout état de cause, l'objectif d'une procédure d'asile, tel qu'il découle des conventions internationales en la matière, serait de garantir que l'asile ou une protection internationale soit offerts aux personnes qui en remplissent les conditions, en particulier à celles qui sont exposées à de sérieux préjudices ou craignent à juste titre de l'être en raison des critères énumérés à l'art. 3 LAsi (Rs 142.31) ou que leur renvoi exposerait à des risques de traitements inhumains ou dégradants. Or, le recourant argue que le maintien de la confidentialité des APPA ne peut être vu comme la clé du succès du bon déroulement de la procédure d'asile. Au surplus, dite procédure n'étant pas destinée à s'assurer que les citoyens respectent la loi, l'exception de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans ne trouverait pas à s'appliquer pour cette raison également. Le recourant indique aussi que l'APPA en question ne contient pas (ou peu) d'informations destinées à préparer des mesures d'instruction du SEM, mais contiendrait bien plutôt une analyse de la situation en Erythrée et une codification de la pratique de l'autorité inférieure à l'égard de ce pays. Or, les critères constituant le fondement d'une décision rendue par une autorité devraient, dans un Etat de droit, être transparents et donc rendus publics.

E. 6.3

À la lecture du document litigieux, le Tribunal observe tout d'abord que l'APPA sur l'Erythrée est un document qui contient essentiellement, d'une part, des indications à l'attention des collaborateurs du SEM relative aux clarifications à entreprendre, et à la manière d'y parvenir, en présence de certaines constellations de fait données, et, d'autre part, la pratique en matière d'asile en fonction des motifs du départ d'Erythrée, et donc du type de (crainte de) persécution (future) alléguée, avec des références aux bases légales applicables, ainsi qu'à la jurisprudence de l'ancienne Commission de recours suisse en matière d'asile (CRA) et du Tribunal de céans. Comme l'a constaté le Préposé fédéral, l'APPA contient en outre des informations sur l'Erythrée qui ressortent, en grande partie, déjà d'autres sources d'information publiques.

E. 6.3.1

Cela étant, il y a lieu de rappeler que, contrairement à ce que semble insinuer le SEM dans sa réponse au recours, c'est bien l'autorité qui supporte le fardeau de la preuve destiné à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels. Cela étant dit, le Tribunal est d'avis que l'APPA sur l'Erythrée renferme, de manière limitée seulement, certaines informations qui pourraient effectivement permettre aux requérants d'asile de construire de manière artificielle des motifs d'asile ou d'empêcher l'examen correct de leur renvoi de Suisse. Eu égard à l'argument de l'autorité inférieure selon lequel le document ne contiendrait plus que des éléments largement connus du public et serait sans valeur informative après un caviardage des passages entrant dans le champ d'application des exceptions à la transparence, le Tribunal estime opportun de statuer en réforme, comme le requiert le recourant dans les conclusions de son recours et pour des motifs d'économie de procédure, en désignant lui-même les informations dont il estime que la divulgation serait susceptible de compromettre sérieusement l'effectivité d'une mesure concrète prise par l'autorité, et ce quand bien même le Préposé ne s'est pas livré à cet exercice dans sa recommandation du 4 février 2021 mais a chargé l'autorité inférieure d'identifier et de caviarder les passages en question. Non seulement le Tribunal dispose des éléments nécessaires pour statuer, le document dont l'accès est sollicité ne contenant par ailleurs pas d'informations hautement spécialisées ou techniques, mais encore il ne peut se satisfaire à dire de droit de l'affirmation de l'autorité inférieure selon laquelle le document n'aurait plus aucune valeur informative s'il fallait procéder au caviardage des passages tombant sous le coup des exceptions à la transparence.

E. 6.3.2

Ainsi, le Tribunal considère que les questions concrètes qui peuvent être posées aux représentations suisses à l'étranger, respectivement celles auxquelles elles ne sont pas en mesure de répondre et une partie des informations à leur soumettre (ch. 2.2, 2.3 et 2.4, p. 5-8, de l'APPA sur l'Erythrée), ainsi que les clarifications à entreprendre concernant la personne (ch. 4.2, p. 12-13), la provenance d'Erythrée (ch. 5.5, p. 21-23 et p. 24-25), le mariage forcé (ch. 5.11, p. 29-30) et l'exigibilité du renvoi en présence de mineurs non accompagnés (ch. 6.2, p. 32-33) remplissent les conditions de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans (s'agissant des chiffres 5.5, 5.11 et 6.2, essentiellement les éléments devant être approfondis et examinés avec une attention particulière précédés de « bullet points », respectivement de tirets, ainsi que l'avant dernière phrase des pages 21 et 23 au ch. 5.5). Certes, les éléments susmentionnés et les questions énumérées ou suggérées que les collaborateurs du SEM doivent poser lors des auditions sont parfois formulés de manière relativement générale. Toutefois, l'examen de la vraisemblance des motifs invoqués (cf. art. 7 LAsi) suppose, comme l'indique à juste titre le SEM, que les demandeurs d'asile ne soient pas informés à l'avance des questions qui pourraient leur être posées lors des auditions. S'ils pouvaient s'y préparer en ayant accès au document sollicité et donc, dans une certaine mesure, aux méthodes d'investigation du SEM, notamment concernant la provenance d'Erythrée, la prise de décision de l'autorité inférieure, respectivement du Tribunal en cas de recours, quant au bien-fondé et au sérieux des motifs invoqués, respectivement quant à l'exécution du renvoi, serait sérieusement compromise. En effet, il convient de garder à l'esprit que l'examen de la crédibilité des allégations de fait d'un requérant d'asile intervient régulièrement sur la base d'indices. Il s'agit pour l'autorité de pondérer les signes d'in vraisemblance en dégageant une impression d'ensemble et en déterminant, parmi les éléments portant sur des points

essentiels et militant en faveur ou en défaveur de cette vraisemblance, ceux qui l'emportent (cf. ATAF 2012/5 consid. 2.2 et réf. cit. ; 2010/57 consid. 2.3 et réf. cit.). Par conséquent, l'intérêt à éviter que les requérants d'asile aient connaissance des méthodes d'instruction du SEM, en particulier à éviter un effet d'apprentissage (Lerneffekt) des questions posées lors des auditions - ce qui serait de nature à compliquer de manière importante le travail d'instruction des demandes d'asile - doit ici l'emporter. Au demeurant, l'intérêt au maintien du secret en ce qui concerne les questions qui peuvent être posées pour déterminer la réalité ou non de la provenance d'Erythrée alléguée ressort de la pratique de l'ancienne Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA). En effet, cette Commission a déjà jugé que des intérêts publics prépondérants au maintien du secret s'opposaient à la consultation du texte complet d'une analyse linguistique et de provenance (ci-après : analyse LINGUA). Selon cette jurisprudence, l'intérêt public au maintien du secret, à savoir empêcher la diffusion abusive du catalogue de questions, n'est pas négligeable, étant donné que la préservation de méthodes appropriées permettant d'établir l'identité d'une personne dans le but d'endiguer les demandes d'asile abusives doit être considéré comme un intérêt important de la Confédération (cf. JICRA 1999/20 consid. 3, p. 130-131 ; JICRA 1998/34, p. 290 s.). Ainsi, le Tribunal considère que le secret des informations désignées ci-avant constitue la clé du succès de l'exécution des procédures d'asile au sens de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans, procédures qui, quoiqu'en dise le recourant, ont pour but d'accorder une protection aux personnes qui en ont besoin, et donc à celles qui remplissent les conditions de reconnaissance de la qualité de réfugié, respectivement de l'octroi de l'asile ou dont l'exécution du renvoi de Suisse serait illicite, inexigible ou impossible.

E. 6.3.3

En revanche, en dehors des passages mentionnés au considérant qui précède, le Tribunal estime que l'APPA sur l'Erythrée ne permet pas aux demandeurs d'asile d'adapter leur récit de manière déterminante et n'est ainsi pas susceptible d'entraver sérieusement et avec un haut degré de probabilité l'examen correct de leur demande d'asile déposée en Suisse. Il en va ainsi notamment des considérations générales concernant la collaboration du SEM avec le Service de renseignement de la Confédération (SRC) et le Ministère public de la Confédération (MPC, ch. 3, p. 9-10), la pratique en matière de demandes de regroupement familial (ch. 4.3, p. 13-14), la possibilité de procéder à une analyse LINGUA (ch. 4.4, p. 14-15), et, surtout, de la pratique d'asile et de renvoi du SEM en relation avec l'Erythrée, soit la majeure partie du document (ch. 5 à 6.3, p. 15 ss [à l'exception des passages des ch. 5.5, 5.11 et 6.2 évoqués ci-avant qui énumèrent ou dont l'on peut inférer les questions concrètes à poser lors des auditions]). En ce qui concerne cette pratique, le Tribunal considère en effet que la bonne réalisation des tâches du SEM, à savoir l'exécution des procédures d'asile, ne justifie pas que celle-ci doive échapper au principe de transparence. De fait, la pratique telle que décrite dans l'APPA en relation notamment avec le refus de servir ou la désertion du service national érythréen (ch. 5.1, p. 15-17), le risque de recevoir une convocation pour le service national (ch. 5.2, p. 18), la soustraction au service dans l'armée populaire (ch. 5.3, p. 18-19), le départ illégal d'Erythrée (ch. 5.4, p. 19-21 [sous réserve du troisième facteur supplémentaire mentionné en page 20 qui ne ressort pas tel quel de la jurisprudence et qui pourrait, avec le degré de vraisemblance requis, orienter de manière déterminante le récit des requérants relatif à leurs motifs de fuite]), l'appartenance à un groupe religieux non reconnu par l'Etat (ch. 5.6, p. 26), à un parti d'opposition ou l'exercice d'activités politiques en exil (ch. 5.7, p. 26-27), les mutilations génitales féminines (ch. 5.10, p. 28) et le renvoi de Suisse (ch. 6, p. 31-33) ressort directement de la

jurisprudence de l'ancienne Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA) et du Tribunal de céans (cf. not. JICRA 2006/3 ; ATAF 2018 VI 4 ; ATAF 2015/3 ; arrêts du TAF D-7898/2015 du 30 janvier 2017 [publié comme arrêt de référence], D-2311/2016 du 17 août 2017 [publié comme arrêt de référence], E-6987/2006 du 13 mars 2008 consid. 4, E-3001/2017 du 5 juillet 2018, E-2081/2017 du 11 octobre 2018 consid. 3.3.1 et les références citées, D-4572/2018 du 15 juillet 2019 consid. 7.3, E-3406/2018 du 14 avril 2020 consid. 4.2 et jurisprudence citée, E-4352/2019 du 9 septembre 2020, D-877/2019 du 24 novembre 2020), ainsi que du Manuel « Asile et retour », publié par le SEM et accessible sur son site internet (cf. en particulier Articles D1 « La qualité de réfugié », D2.1 « Les persécutions liées au genre », D3 « Les motifs subjectifs survenus après la fuite »). Ledit Manuel est un outil de travail destiné aux collaborateurs du SEM qui contient les informations les plus importantes sur des thèmes spécifiques et prend en considération les dispositions légales, la doctrine, la jurisprudence et la pratique qui s'y rapportent (www.sem.admin.ch/sem/fr/home/asyl/asylverfahren/nationale-verfahren/handbuchasyl-rueckkehr.html, consulté le 15 février 2022). En outre, la pratique en matière d'asile en ce qui concerne l'Erythrée telle que décrite dans l'APPA repose notamment également sur des rapports de l'EASO et de l'unité analyse pays du SEM, librement accessibles sur Internet (cf. aussi infra consid. 7.3). Celle-ci étant déjà publique, la divulgation de la pratique en matière d'asile et de renvoi concernant l'Erythrée ne permet ainsi pas, avec une haute probabilité, de contourner la réglementation relative à la procédure d'asile en Suisse et ne compromet pas sérieusement son déroulement, si bien qu'aucun intérêt public prépondérant ne permet de justifier le refus d'accès. Par surabondance, il convient de relever que la pratique en question ne peut être aisément déduite des textes normatifs en la matière et a des conséquences importantes sur la situation de droit ou de fait des requérants d'asile en Suisse. Ces éléments militent également pour une publication. Indépendamment de la question de savoir si l'APPA sur l'Erythrée doit être qualifiée d'ordonnance administrative, le recourant peut du reste être suivi lorsqu'il soutient que, dans la mesure où l'APPA en question tend à unifier la pratique d'asile en ce qui concerne les requérants d'asile érythréens, il existe un intérêt public important à ce que celle-ci soit rendue accessible. Les demandeurs d'asile et leurs représentants juridiques ayant connaissance de cette pratique pourront ainsi déceler un éventuel changement non motivé de la part du SEM dans un cas particulier ou, le cas échéant, contester utilement le bien-fondé des motifs avancés. En définitive, la publication de la pratique d'asile en Suisse, pour autant qu'aucun motif d'intérêt public ne s'y oppose, ce qui est le cas en l'espèce (cf. aussi infra consid. 7), permet de favoriser son uniformité, le respect de l'égalité de traitement, sa conformité au droit et, partant, sa légitimité.

E. 7

Ensuite, il s'agit d'examiner la seconde exception invoquée par le SEM à l'appui de son refus de donner accès à l'APPA sur l'Erythrée, à savoir la protection des intérêts nationaux au sens de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans (cf. supra consid. 4.4 et 4.6).

E. 7.1

Il ressort de la décision querellée et de la réponse au recours que le SEM considère que la divulgation de l'APPA sur l'Erythrée risquerait de fragiliser considérablement la coopération instaurée avec les autorités érythréennes dans le domaine de la migration. Son travail accompli ces dernières années, en particulier dans le domaine du retour, s'en trouverait réduit à néant. En effet, ce document émettrait, à plusieurs reprises, des critiques

sur la situation qui règne dans ce pays, notamment en ce qui concerne la façon dont y sont traités les déserteurs, les objecteurs de conscience ou les acteurs critiques à l'égard du gouvernement. Ce risque serait en outre accru par le fait que l'Erythrée constituerait depuis plus d'une décennie l'un des principaux pays de provenance des requérants d'asile en Suisse et que la diaspora établie dans notre pays y disposerait d'un solide réseau, raison pour laquelle le document en question ne tarderait pas à être également diffusé en Erythrée. Par ailleurs, le SEM a renvoyé à une recommandation du Préposé fédéral du 29 février 2016 concernant l'accès à un rapport de voyage de service du SEM en Erythrée, dans laquelle le Préposé fédéral a considéré que le rapport d'analyse contenait des appréciations que l'Erythrée pourrait considérer comme des jugements de valeur officiels de la part de la Suisse, de sorte que ces passages pouvaient être caviardés.

E. 7.2

Le recourant argue, quant à lui, que l'APPA ne semble pas contenir des informations que l'Erythrée pourrait exploiter au détriment de la Suisse ou dont la publication pourrait affaiblir les positions de négociation de notre pays. Même si tel devait être le cas, le préjudice redouté en cas de divulgation des informations ne serait pas suffisamment important, le seul fait qu'un document contienne des propos critiques sur la situation prévalant dans un pays donné n'étant pas suffisant pour que l'exception consacrée à l'art. 7 al. 1 let. d LTrans trouve application. En effet, le recourant fait valoir, en renvoyant au rapport de l'EASO de septembre 2019 intitulé « Eritrea - National service, exit and return », dont le SEM est l'auteur principal, que la position critique des autorités suisses à l'égard du gouvernement érythréen est publique. En conclusion, la publication de l'APPA ne serait pas autrement susceptible de porter un préjudice suffisamment important à la politique extérieure ou aux relations internationales de la Suisse pour justifier le rejet de sa demande de transparence.

E. 7.3

Le Tribunal retient ce qui suit au cas d'espèce.

E. 7.3.1

S'il est vrai que la divulgation d'une position critique des autorités suisses à l'égard d'un Etat étranger peut, dans certaines circonstances, donner lieu à un risque déterminant sous l'angle de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans (cf. supra consid. 4.6.1), force est de constater que le document litigieux décrit essentiellement la pratique en matière d'asile à l'égard des demandeurs d'asile érythréens telle qu'elle résulte de la jurisprudence de l'ancienne Commission (CRA) et du Tribunal de céans. Cette pratique, notoirement critique à l'égard de la situation prévalant en Erythrée, est donc publique (cf. supra consid. 6.3). Aussi, comme le fait remarquer le recourant, l'APPA sur l'Erythrée renvoie à des informations sur le pays d'origine (Country of Origin Information, dites COI) qui, elles aussi, sont, en grande partie du moins, publiques. En effet, le SEM, plus particulièrement son unité d'analyse pays, est l'auteur principal de différents rapports EASO mais également de rapports « Focus Eritrea », librement accessibles sur Internet. Ces rapports, qui se fondent sur une grande variété de sources, dépeignent une situation particulièrement problématique du point de vue du respect des droits humains en Erythrée. Or, le document litigieux ne fait, en quelque sorte, que de décrire les conséquences juridiques en matière d'asile et de renvoi de ces informations sur le pays d'origine. Si ces rapports contiennent fréquemment des mentions indiquant qu'ils ont été établis de manière indépendante par les analystes pays du SEM et ne doivent pas

nécessairement être considérés comme une prise de position officielle de la Suisse ou de ses autorités, il n'en demeure pas moins que le SEM ne s'en est jamais distancié. Au contraire, le SEM renvoie à ces rapports sur son site internet (www.sem.admin.ch/sem/fr/home/asyl/eritrea.html ; www.sem.admin.ch/sem/fr/home/international-rueckkehr/herkunftslander.html, tous deux consultés le 15 février 2022), et il est permis de douter que les autorités érythréennes fassent véritablement la distinction entre une prise de position officielle du SEM sur l'Erythrée et celle découlant des rapports de son unité d'analyse pays. En tout état de cause, force est de constater que la position critique officielle du SEM lui-même à l'égard du gouvernement érythréen et de la situation régnant sur place est, elle aussi, largement publique. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter la section « Foire aux questions sur l'Erythrée » sur son site Internet (www.sem.admin.ch/sem/fr/home/asyl/eritrea/faq.html, consulté le 15 février 2022). À titre illustratif, on peut notamment relever qu'à la question « quelle est, d'après le SEM, la situation en Erythrée ? », il y est notamment indiqué « L'Erythrée est un Etat autocratique qui se caractérise par un parti unique et par une liberté d'opinion et une liberté de la presse très réduites. [...]. De nombreux cas de violations des droits de l'homme ont été rapportés dans la partie militaire du service nationale notamment (détentions arbitraires et tortures, par ex.). Outre les soldats, les principales victimes de ces violations sont les membres de communautés religieuses non reconnues et les opposants au régime. Ces personnes sont généralement placées en détention sans être jugées et dans que leurs familles en soient informées. Les conditions de détention en Erythrée sont précaires et les actes de torture fréquents ». À la question « Quelle est la situation au sein de l'armée érythréenne ? », il est également notamment mentionné « [...]. Le gouvernement érythréen considère le service national comme un projet visant à remettre l'Etat sur pied et auquel chaque citoyen doit apporter sa contribution. C'est pourquoi ceux qui désertent ou refusent de servir sont considérés comme des « traîtres à la nation » et sanctionnés avec une dureté démesurée ». Ensuite, à la question « Qu'est ce qui incite les Erythréens à quitter leur pays et à se rendre en Europe ? », le SEM poursuit comme suit : « [...]. Les personnes qui critiquent la politique et le service national, de même que celles qui pratiquent une religion non enregistrée (pentecôtistes, témoins de Jéhovah, par ex.), sont arrêtées, mises en détention sans accusation ni délai dans des endroits inconnus et, parfois, torturés. Par le passé, de telles pratiques étaient monnaie courantes vis-à-vis des anciens déserteurs revenus en Erythrée. Les Erythréens obtiennent l'asile non pas à cause de la situation économique dans leur pays, mais parce qu'ils y sont exposés à des sanctions excessives et d'ordre politique s'ils y retournent après avoir déserté ou refusé d'y servir. ». Une brève recherche sur Internet permet également de consulter le Rapport du Département fédéral de justice et police (DFJP) en réponse à la lettre du Haut-Commissariat des droits de l'homme (HCDH) du 19 juin 2019 sur la situation des requérants d'asile érythréens en Suisse : pratique en matière d'asile et de renvoi, levée des admissions provisoires, retour et principe de l'aide d'urgence. Ce document décrit partiellement la pratique du SEM et du Tribunal administratif fédéral en lien avec les demandes d'asile de requérants érythréens. On peut y lire en particulier que la Suisse part du principe que les déserteurs et les réfractaires en Erythrée sont arbitrairement punis sans procès et que les mesures punitives habituellement appliquées peuvent constituer de la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants au sens de l'art. 3 de la Convention contre la torture (CAT, RS 0.105), de l'art. 25 al. 3 Cst. et de l'art. 3 CEDH.

E. 7.3.2

Par surabondance de motifs, il sied de relever que l'autorité inférieure n'a pas invoqué l'exception tirée de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans devant le Préposé fédéral, ce qui est, dans une certaine mesure, révélateur de l'importance qu'elle lui attribue. Si le risque en question avait véritablement existé, il y a tout lieu de penser qu'elle aurait été le premier argument soulevé par le SEM devant le Préposé fédéral, puisque les intérêts de la Suisse au niveau international eussent été menacés. Le fait que le Préposé fédéral ait autorisé le SEM à caviarder certains passages du rapport de son voyage de service en Erythrée dans sa recommandation du 29 février 2016, dans la mesure où les informations y figurant ne sont pas les mêmes, n'y change rien.

E. 7.4

Dans ces circonstances, le Tribunal doit constater que le SEM n'a pas établi à satisfaction de droit que la divulgation de l'APPA sur l'Erythrée risquerait, de manière hautement probable, de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales.

E. 8

Comme cela ressort des considérants précédent, il appert que seule une partie de l'APPA sur l'Erythrée contient des informations tombant sous le coup de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans. Or, le principe de la proportionnalité commande que l'accès à un document ne soit restreint que dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour protéger des informations devant rester secrètes (cf. supra consid. 4.4.2). Partant, le SEM ne pouvait pas purement et simplement refuser au recourant l'accès à l'APPA sur l'Erythrée sans enfreindre la législation sur la transparence. Au contraire, l'autorité inférieure aurait dû accorder un accès partiel à tous les passages de l'APPA sur l'Erythrée qui ne justifient d'aucun intérêt digne de protection au maintien du secret au sens des exceptions à la LTrans, soit à une large partie du document.

E. 9

Reste encore à examiner si le droit au respect de la sphère privée de personnes mentionnées dans le document justifie une anonymisation de leurs données personnelles.

E. 9.1

En effet, le SEM, dans la décision attaquée, relève encore, pour la première fois, que les APPA citent les noms d'employés responsables de différents domaines et qu'il tomberait donc sous le sens que, pour garantir leur protection, ces données doivent être traités de manière confidentielle. Le recourant rétorque que les noms des collaborateurs du SEM peuvent sans autre être caviardés et que ce motif ne s'oppose donc nullement à la publication du document en question (cf. mémoire de recours du 28 avril 2021, par. 50, p.15).

E. 9.2

En vertu de l'art. 7 al. 2 LTrans, le droit d'accès peut être 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 (art. 7 al. 2 LTrans).

E. 9.2.1

L'art.13 al. 1 Cst. garantit de manière générale le droit à la sphère privée et à la sphère intime ; l'art. 13 al. 2 Cst. protège de manière spécifique le droit à l'autodétermination en matière de données personnelles. Ce droit garantit à chacun de pouvoir déterminer si et dans

quel but des données qui le concernent peuvent être conservées et traitées par des tiers, publics ou privés (cf. ATF 142 II 340 consid. 4.2, 140 I 2 consid. 9.1). La notion du traitement de données inclut la divulgation, à savoir l'octroi de l'accès aux données personnelles, leur transmission ou leur publication (cf. ATF 142 II 340 consid. 4.2 ; arrêt du TF 1C_74/2015 du 2 décembre 2015 consid. 4.1). La définition de données personnelles figure à l'art. 3 let. a de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD, RS 235.1).

E. 9.2.2

Afin de résoudre le conflit qui peut opposer l'intérêt à la protection de la sphère privée et l'intérêt à l'accès aux documents officiels, la LTrans consacre à son article 9 des règles de coordination entre elle-même et la LPD. D'après l'art. 9 al. 1 LTrans, les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant qu'ils soient consultés. Un document est anonymisé lorsque la personne concernée ne peut plus être raisonnablement identifiée (cf. ATF 2011/52 consid. 7.1 ; Ammann/Lang, in: Passadelis/Rosenthal/Thür [éd.], Datenschutzrecht, 2015, § 25 n. marg. 25.60 ; Häner, in: BSK DSG/BGÖ, ad art. 9 LTrans N. 5). L'obligation de rendre anonyme n'est pas absolue, la loi précisant « si possible » (cf. arrêt du TAF A-6054/2013 du 18 mai 2015 consid. 4.2.1). De surcroît, l'anonymisation n'a de sens que si le contenu du document reste compréhensible eu égard au contexte (cf. ATAF 2013/50 consid. 9.4). La protection prévue à l'art. 9 al. 1 LTrans ne vaut pas dans la même mesure pour les collaborateurs de l'administration publique. Si ces personnes ont agi dans l'accomplissement d'une tâche publique, elles ne peuvent se prévaloir de la protection de leur sphère privée de la même manière que des tiers privés. Leurs données personnelles en lien avec l'exercice de leur fonction ne sont en principe pas anonymisées (cf. arrêt du TF 1C_59/2020 du 20 novembre 2020 consid. 4.6.1 et les références citées ; arrêt du TAF A-6054/2013 du 18 mai 2015 consid. 4.2.2).

E. 9.3

En l'espèce, le Tribunal observe tout d'abord que l'APPA sur l'Erythrée contient le nom des collaborateurs du SEM responsables de la direction de la section compétente, des personnes de contact pour la pratique en matière d'asile, pour l'analyse pays et pour l'aide à l'exécution du renvoi et au retour. Aussi, le document litigieux mentionne les personnes responsables des analyses LINGUA et des analyses de documents. Finalement, il contient également le nom et l'adresse e-mail de l'interlocuteur de référence au sein d'une Ambassade suisse (cf. page de garde, p. 4, 6 et 15 de l'APPA sur l'Erythrée).

E. 9.4

Dans son mémoire de recours, le recourant a laissé entendre qu'il n'avait pas d'objections à ce que les données personnelles des collaborateurs du SEM soient caviardées avant la transmission du document en question. Par conséquent, le Tribunal considère que leurs noms peuvent sans autre être anonymisés sans qu'il ne faille se livrer à un examen détaillé de la question de savoir si, nonobstant le fait qu'ils remplissent une tâche publique, la protection de leur sphère privée eût justifié une exception au principe de la liberté d'accès aux documents officiels. En ce qui concerne les personnes responsables des analyses de provenance et de l'analyse de documents, il sied de relever que la Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA) a estimé que, dans le cadre du droit d'être entendu d'une personne soumise à une analyse LINGUA, il était indiqué que les données personnelles de

l'expert qui peuvent facilement conduire à l'identification de sa personne restent secrètes en raison d'un risque de tentatives de pression et de mesures de rétorsion, qualifié de notoire en procédure d'asile (cf. JICRA 1999/20 consid. 3, p. 130-131 ; JICRA 1998/34, p. 290 s.). Le Tribunal ne voit pas de raison de s'écarter de cette pratique bien établie qu'elle considère comme toujours actuelle et pertinente, si bien que les noms des analystes pays et de documents peuvent être anonymisés avant la transmission du document au recourant (page de garde et p. 15 de l'APPA). Pour les mêmes raisons, le nom et l'adresse e-mail de la personne de contact auprès d'une Ambassade suisse mentionnés à la page 4 et 6 peuvent, de l'avis de la Cour de céans, également être caviardés (cf. not. arrêt du TAF E-6793/2011 du 11 mai 2012 consid. 2.3).

E. 10

Finalelement, le recourant a également invoqué l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie (Grande Chambre) du 28 novembre 2016 (requête n° 18030/11) et argué que le refus du SEM de lui communiquer l'APPA sur l'Erythrée violerait l'art. 10 CEDH, l'art. 19 Pacte ONU II et l'art. 16 de la Cst.

E. 10.1

Pour l'essentiel, le recourant soutient que sa demande d'accès s'inscrit dans l'exercice de sa liberté d'expression, que l'APPA contient des informations présentant un intérêt public évident et qu'en tant qu'avocat actif notamment dans la défense des droits fondamentaux, du droit d'asile et dans le milieu associatif de soutien aux personnes issues de la migration, de surcroît actif en politique, il joue un rôle de sentinelle particulier, ce qui justifierait un droit d'accès autonome à l'APPA en question fondé sur l'art. 10 CEDH et l'art. 16 Cst. Le recourant relève encore que les art. 1, 6 et 7 LTrans doivent, dans tous les cas, recevoir une interprétation conforme à l'art. 10 CEDH et l'art. 16 Cst.

E. 10.2.1

Comme l'a constaté le Tribunal fédéral (cf. arrêt 1C_59/2020 précité du 20 novembre 2020 consid. 5.1), l'arrêt de la Cour EDH Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie du 28 novembre 2016 consacre la reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par un Etat fondée sur l'art. 10 CEDH, à certaines conditions. Il faut d'abord que la demande d'accès ait pour but d'exercer "sa liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées" (cf. § 158); autrement dit, que "les informations recherchées [soient] réellement nécessaires à l'exercice de la liberté d'expression" du demandeur. Le deuxième critère a trait à la nature des informations recherchées, lesquelles doivent généralement présenter un intérêt public (cf. § 162; arrêt du TF 1C_447/2016 du 31 août 2017 consid. 5.5).

Troisièmement, le statut du demandeur doit être pris en compte. Celui-ci doit assumer "un rôle particulier de réception et de communication au public des informations qu'il recherche" (cf. § 164). La Cour EDH évoque en particulier la presse et les ONG, tout en rappelant le niveau de protection élevé dont bénéficient d'autres "chiens de garde publics" (cf. § 168). Le quatrième critère tient à la disponibilité des informations sollicitées (cf. § 169), en ce sens que, dans l'appréciation globale de la question de savoir s'il y a ingérence de l'Etat dans la liberté d'expression protégée par l'art. 10 CEDH, le fait qu'aucun travail de collecte de données n'est nécessaire constitue un élément important (cf. § 170).

E. 10.2.2

Les conditions et les critères ainsi dégagés par la Cour EDH étaient à l'évidence satisfaits dans l'affaire en question qui mettait aux prises une ONG demandant des informations

relatives aux avocats commis d'office, d'une part, et l'Etat hongrois qui les refusait au motif qu'elles contenaient des données personnelles non soumises à divulgation selon le droit hongrois, d'autre part. L'ingérence de l'Etat hongrois étant reconnue, la Cour a examiné dans un deuxième temps si elle était justifiée par une base légale suffisante, un but légitime et était « nécessaire dans une société démocratique » (cf. § 181). C'est ce dernier point - celui de la proportionnalité - qui a posé problème, en particulier parce que la loi hongroise - du moins telle qu'interprétée par les juridictions nationales - excluait toute « appréciation sérieuse » du droit à la liberté d'expression (qui inclut celui de recevoir des informations) de la demanderesse (cf. § 199). Aucune pesée des intérêts en présence n'était possible : la seule présence de données personnelles dans les documents requis empêchait leur divulgation sans qu'il ne soit procédé à un « contrôle minutieux » de la restriction du droit d'accès que la demanderesse pouvait tirer de l'art. 10 CEDH. La Cour EDH a condamné ce schématisme en imposant qu'il soit toujours procédé à une pesée des intérêts en présence au cas d'espèce (cf. aussi le commentaire de Isabelle Hänner, Oeffentlichkeitsprinzip in der Steuerverwaltung, in: Expert Focus 6-7/2017, p. 24 ss).

E. 10.3

En l'espèce, la jurisprudence de la Cour EDH précitée ne permet pas d'exiger que, nonobstant l'existence d'informations tombant sous le coup de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans, un accès complet à l'APPA sur l'Erythrée soit accordé. Du reste, le recourant ne semble pas véritablement le prétendre. Le Tribunal de céans a déjà affirmé que la jurisprudence fédérale (cf. not. ATF 144 II 77 consid. 3 et 5.7) selon laquelle, dans les situations saisies par l'art. 7 al. 1 let. a à h LTrans, l'accès est nié sans qu'il soit procédé à une véritable pondération des intérêts en présence, le législateur ayant anticipé cette mise en balance, était conforme aux prescriptions de l'arrêt de la Cour EDH Magyar Helsinki Bizottság (arrêt du TAF A-2352/2017 consid. 8.3 et 8.4). En effet, la jurisprudence fédérale impose à l'autorité saisie d'évaluer in casu si la divulgation porterait une atteinte sérieuse et importante aux intérêts prédéfinis in abstracto par le législateur à l'art. 7 al. 1 let. a à h LTrans. Ainsi, la protection des documents concernés doit être indispensable à la sauvegarde de l'intérêt public ou privé reconnu par le législateur comme prépondérant en cause. Elle est indispensable (unerlässlich) si elle est absolument nécessaire (unbedingt notwendig), en ce sens que, si l'accès aux documents est accordé, l'intérêt public ou privé important prédéfini en cause serait gravement affecté (arrêt de la Cour de céans A-2352/2017 précité consid. 8.3).

E. 10.4

Ainsi, dans la mesure où il a été constaté que l'APPA sur l'Erythrée contenait certains passages qui pouvaient avoir pour effet d'entraver le processus décisionnel du SEM, respectivement du Tribunal de céans en cas de recours, le recourant ne peut s'appuyer utilement sur l'arrêt de la Cour EDH Magyar Helsinki Bizottság pour remettre en cause ce constat et exiger un accès complet au document litigieux.

E. 11

De l'ensemble des considérants qui précèdent, il suit que, contrairement en large partie à ce que le SEM a retenu, l'accès au document objet de la demande de transparence ne pouvait valablement être refusé en application de l'art. 7 al. 1 let. b et d LTrans. Au contraire, un accès partiel à l'APPA sur l'Erythrée aurait dû être accordé, dans la mesure où seule une partie de ses éléments remplissent les conditions de l'exception de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans.

Ainsi, le recours doit être partiellement admis et la décision du 16 mars 2021 réformée en ce sens que l'accès à l'APPA sur l'Erythrée, dans sa teneur à la date de la demande d'accès, à savoir au 1er septembre 2020, est accordé dans le sens des considérants 6.3 et 9.4. Par souci de clarté, l'autorité inférieure reçoit, en annexe au présent arrêt, une copie de l'APPA sur l'Erythrée dont les passages pouvant être soustraits au droit d'accès sont indiqués en surbrillance.

E. 12.1

Selon l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure, comprenant l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours, sont, en règle générale, mis à la charge de la partie qui succombe. En l'espèce, il ne saurait être mis de frais de procédure à charge du recourant, puisque le recours est admis pour l'essentiel. L'avance de frais de 1'000 francs qu'il a versée, le 10 mai 2021, lui sera restituée, une fois le présent arrêt définitif et exécutoire. En application de l'art. 63 al. 2 PA, les frais de procédure ne peuvent être mis à la charge des autorités inférieures déboutées, de sorte que le SEM n'a pas de frais de procédure à acquitter.

E. 12.2

Le Tribunal peut allouer d'office ou sur requête à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA et art. 7 ss FITAF, RS 173.320.2]. En l'espèce, le recourant, lui-même avocat, qui a obtenu partiellement gain de cause, s'est défendu seul et il n'est pas démontré qu'il ait subi de ce fait des frais considérables. En outre, il n'a réclamé aucune indemnité. Partant, il ne sera pas alloué de dépens. (le dispositif est porté en page suivante)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.