

BVGer A-2373/2022 vom 30. Juni 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-06-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-2373_2022

FR: TAF A-2373/2022 du 30 juin 2023

IT: TAF A-2373/2022 del 30 giugno 2023

Regeste

Principe de la transparence

Erwägungen

E. 1

La procédure de recours est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), à moins que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) 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 (OTrans, RS 152.31), n'en disposent autrement (cf. art. 37 LTAF, ég. art. 16 al. 1 LTrans). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (cf. art. 7 PA) et la recevabilité des recours qui lui sont soumis

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 PA 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. Le SEM étant 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) et l'acte attaqué satisfaisant aux conditions qui prévalent à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 PA, le Tribunal est compétent pour connaître du litige.

E. 1.2

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 de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

E. 2.1

L'objet du présent litige consiste à déterminer si c'est à bon droit que l'autorité inférieure a refusé totalement l'accès des recourants aux trois derniers rapports de JDMT concernant l'activité de la société Oseara en se fondant sur les exceptions consacrées à l'art. 7 al. 1 let. b (cf. infra consid. 4.4 et 6), let. d (cf. infra consid. 4.5 et 7) et al. 2 LTrans (cf. infra consid. 8). À des fins de clarté, il convient d'emblée de préciser que les documents objets du présent litige sont deux rapports annuels portant sur les années 2019 et 2020, intitulés « Controlling der medizinischen Leistungen während Ausreisen », respectivement de 26 et 15 pages

chacun, et un rapport concernant un cas spécifique (3 pages), intitulé « SEM Fall 26 / Januar 2020 (N 695 824) », tous trois en langue allemande. Par ailleurs, le rapport annuel 2019 comporte une annexe, intitulée « Excel-Übersicht der Fallbeurteilungen ».

E. 2.2

En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal dispose d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit. Il revoit librement l'application du droit par l'autorité inférieure, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation des faits et l'opportunité de la décision attaquée (cf. art. 49 PA). Le Tribunal 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. Il 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. ATAF 2014/24 consid. 2.2).

E. 3

Afin de saisir l'enjeu de la présente affaire, les remarques liminaires suivantes s'imposent.

E. 3.1

Que ce soit en matière d'asile ou de droit des étrangers, les cantons sont chargés de l'exécution des renvois et des expulsions. Le SEM assiste toutefois les cantons dans ce domaine, notamment dans l'organisation du voyage de retour (cf. art. 46 de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile [LAsi, RS 142.31], art. 69 et 71 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration [LEI, RS 142.20], art. 1 de l'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers [OERE, RS 142.281]). Pour organiser les départs, le SEM peut collaborer avec des autorités étrangères, des autorités fédérales, cantonales et communales, des organisations internationales et nationales, des compagnies aériennes ou d'autres prestataires privés. Il peut organiser des vols spéciaux et, en accord avec des États tiers, des vols internationaux à destination des États d'origine ou de provenance des étrangers frappés d'une décision de renvoi, d'expulsion ou d'expulsion pénale (cf. art. 5 OERE). La Suisse connaît quatre niveaux d'exécution pour les rapatriements sous contrainte (cf. à ce sujet art. 28 de l'ordonnance sur l'usage de la contrainte du 12 novembre 2008 [OLUSC, RS 364.3]). L'autorité d'exécution ordonne les modalités du rapatriement en fonction du comportement probable de la personne à transporter et des circonstances concrètes en optant pour l'un des quatre niveaux d'exécution, dont la gradation est dictée par le principe de la proportionnalité (cf. art 5 al. 2 et 36 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101] ; arrêt du Tribunal fédéral [TF] 2C_105/2016 du 8 mars 2016 consid. 4.2 in fine). Pour les niveaux 1 à 3, des places sont réservées sur des vols de ligne réguliers, tandis que, pour le niveau 4, il est nécessaire d'affréter un vol spécial (cf. art. 5 al. 3 OERE). Le niveau 4 est le niveau d'exécution le plus contraignant, raison pour laquelle il n'est utilisé qu'en ultime recours pour les personnes qu'il est impossible de rapatrier sur un vol de ligne (cf. Manuel Asile et retour du SEM, Article G4 La gestion des départs [swissREPAT], y c. vol spécial, p. 6, disponible à l'adresse : <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/asyl/asylverfahren/nationale-verfahren/handbuch-asyl-rueckkehr.html>). À noter que les vols spéciaux bénéficient systématiquement d'un accompagnement médical. Au contraire, les personnes embarquées sur un vol de ligne ou dont le rapatriement est organisé par voie terrestre ou maritime peuvent bénéficier d'un tel accompagnement pour autant qu'il soit nécessaire pour des raisons médicales (cf. art. 11a al. 4 OERE). Le SEM

gère un service aéroportuaire (swissREPAT) pour les renvois aériens (cf. art. 11 al. 1 OERE). Selon cette dernière disposition, ledit service a notamment pour mission de déterminer le niveau d'exécution forcée d'une décision de renvoi ou d'expulsion par voie aérienne, d'organiser et de coordonner l'accompagnement social, médical et policier assuré lors des vols, et de s'occuper de la réservation centrale des billets d'avion (ticketing) et de l'établissement des itinéraires optimaux (routing).

E. 3.2

La société médicale privée Oseara SA a été mandatée par le SEM, conformément aux prescriptions légales régissant les marchés publics, afin d'assurer l'accompagnement médical des requérants d'asile déboutés et des autres migrants qui retournent dans leur État d'origine par voie aérienne, terrestre et maritime ou qui y sont renvoyés ou expulsés, le cas échéant sous contrainte. Son mandat comprend également, depuis 2015, l'évaluation médicale de l'aptitude au transport des personnes concernées, en particulier lorsque l'état de la personne laisse supposer des problèmes de santé (cf. en particulier 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 du 20 mars 2008 [LUc, RS 364], art. 18 OLUc, art. 11a al. 4 OERE et les art. 15p et 15q OERE). Pour évaluer l'aptitude des personnes à rapatrier au voyage, la société Oseara s'appuie sur le dossier médical en sa possession, ainsi que sur une liste de contre-indications médicales aux rapatriements qu'elle a élaborée, sur demande du SEM, en collaboration avec le corps médical et qui regroupe les principaux tableaux cliniques absolument incompatibles avec un rapatriement sous contrainte (disponible à l'adresse : <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/aktuell/news/2014/2014-12-16.html>). Depuis le mois d'octobre 2018, les prestations médicales fournies par Oseara font l'objet de vérifications ponctuelles (controlling). Le SEM a confié ce mandat de contrôle à l'entreprise JDMT Medical Services SA qui doit analyser et évaluer ponctuellement les prestations médicales fournies par la société Oseara en examinant, d'une part, ses décisions d'aptitude au transport et, d'autre part, la pertinence des mesures d'accompagnement proposées. Les enseignements issus de ces contrôles doivent notamment permettre de développer et d'améliorer les bases et les modalités des accompagnements médicaux effectués lors des rapatriements (cf. <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/aktuell/news/2018/2018-08-27.html>). Au cours de l'année 2020, le SEM a lancé un nouvel appel d'offres concernant les prestations médicales à fournir lors des rapatriements. Estimant que les offres reçues présentaient un surcoût disproportionné, le SEM a finalement prolongé le contrat avec la société Oseara jusqu'au 31 décembre 2024, tant pour l'accompagnement médical que pour l'évaluation de la transportabilité, en indiquant que le respect des normes médicales était également assuré dans ce cadre (cf. <https://www.metas.ch/ejpd/fr/home/actualite/mm.msg-id-79805.html>).

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 144 II 77 consid. 5.1, 142 II 340 consid. 2.2, 142 II 324 consid. 3.4 ; arrêt du 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 rendre le processus décisionnel de l'administration plus transparent dans le but 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 147 I 47 consid. 3.5 et les réf. cit., 136 II 399 consid. 2.1 ; ATAF 2011/52 consid. 3).

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 réf. citées). 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, 2011/52 consid. 6 ; Message du Conseil fédéral relatif à loi fédérale sur la transparence [Message LTrans], FF 2003 1807ss, 1844 ; Pascal Mahon/Olivier Gonin in: Stephan C. Brunner/Luzius Mader [éd.], Öffentlichkeitsgesetz, Handkommentar, Berne 2008 [ci-après : Öffentlichkeitsgesetz], ad art. 6 N 11). A cet égard, ses explications doivent être convaincantes, à savoir être précises et claires, complètes et cohérentes (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral [TAF] A-2564/2018 du 5 août 2020 consid. 4.5.1, A-2352/2017 du 11 décembre 2019 consid. 4.3, A-3884/2017 du 6 septembre 2018 consid. 3.3.1 et A-6/2015 du 26 juillet 2017 consid. 4.1).

E. 4.3

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

E. 4.3.1

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. not. ATF 144 II 77 consid. 3 et les réf. cit. ; ATAF 2014/24 consid. 3.4 ; arrêt du TAF A-2022/2021 du 7 juin 2022 consid. 4.4.1 et les réf. cit.). Cela étant, il revient ensuite à l'autorité d'examiner de cas en cas si les exceptions légales sont réalisées.

E. 4.3.2

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: Maurer-Lambrou/Blechta [éd.], Basler Kommentar Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3 éd., 2014 [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 réf. cit., 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 réf. cit.). 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 précité consid. 4.5.8, A-6475/2017 précité consid. 3.2.2 ; Urs Steimen, in: BSK DSG/BGÖ, ad art. 7 LTrans N 9 ss.).

E. 4.4

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. 4.4.1

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 réf. cit.).

E. 4.4.2

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 précité 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 réf. cit.).

E. 4.5

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. 4.5.1

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 réf. cit.). La Suisse peut en particulier être tenue de ne pas rendre accessibles au public certains documents en vertu d'engagements conventionnels internationaux ou d'une pratique internationale reconnue (cf. Message LTrans, p. 1851 s. ; Urs Steimen, in: BSK DSG/BGÖ, ad art. 7 par. 27). L'usage international veut en effet que les informations fournies par un Etat étranger ou par une organisation internationale au titre d'informations internes ou confidentielles ne puissent en principe être transmises au public par l'Etat qui les reçoit qu'avec l'accord de l'Etat qui les a données (cf. Message LTrans, p. 1851 s. ; Cottier/Schweizer/Widmer, in: Öffentlichkeitsgesetz, ad art. 7 N 33). Selon la doctrine, peuvent également 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. 4.5.2

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 précité consid. 5.3.1, A-4494/2020 précité consid. 5.2).

E. 5

Avant d'examiner le bien-fondé des arguments des parties, il convient de rappeler que le Tribunal de céans a déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'accès à des documents officiels détenus par le SEM dans le contexte délicat et controversé des renvois forcés de requérants d'asile déboutés par la voie aérienne (arrêt A-683/2016 du 20 octobre 2016).

E. 5.1

Dans cette affaire, qui portait sur la consultation de contrats conclus par le SEM avec des compagnies aériennes pour le rapatriement sous contrainte de requérants d'asile ayant fait l'objet d'une décision de renvoi exécutoire, le Tribunal a admis que la divulgation des noms des compagnies aériennes chargées, actuellement ou par le passé, des vols de rapatriement serait de nature, avec un haut degré de vraisemblance, à empêcher l'exécution de tout ou partie de futurs vols de retour, en particulier s'agissant des vols spéciaux. L'exception consacrée à l'art. 7 al. 1 let. b LTrans a été admise, notamment dans la mesure où le SEM avait expliqué, de manière convaincante et fondée, qu'il était probable que les compagnies aériennes en question, si leur nom était révélé, soient la cible de campagnes médiatiques ou publiques de la part des opposants aux rapatriements sous contrainte. Or, ce risque réputationnel était de nature à dissuader les compagnies aériennes actuelles à continuer d'offrir ces prestations pour le SEM, ainsi qu'à détourner d'autres compagnies à les fournir à l'avenir. Compte tenu du petit nombre de compagnies aériennes capables et désireuses d'effectuer des vols de retour sous contrainte, il était sérieusement à craindre que l'exécution de futurs rapatriements par voie aérienne soit compromise. Certes, il existait, au vu de la sensibilité du domaine, un intérêt public important à l'information concernant les modalités selon lesquelles avaient lieu les rapatriements aériens sous contrainte, notamment au regard de la protection des droits fondamentaux et de la santé des personnes concernées. Toutefois, cet intérêt prépondérant ne portait pas, en tant que tel, sur le nom des compagnies aériennes à qui étaient confiées les vols de retour. Un refus d'accès complet aux contrats et conventions des prestations sollicités était par ailleurs conforme au principe de proportionnalité (cf. arrêt du TAF A-683/2016 précité consid. 5.5).

E. 5.2

Pour ce qui était des documents contractuels en lien avec une compagnie aérienne désignée nommément, la Cour de céans a en revanche nié la réalisation des conditions d'application de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans. Le SEM avait en particulier fait valoir que le secret était essentiel afin de ne pas divulguer une pratique de renvois aériens de requérants d'asile vers l'Italie qui, si elle était connue, pourrait contribuer à une détérioration sensible des relations entre la Suisse et ce pays voisin, dans la mesure où cette pratique, fixée par l'Italie, était discutable du point de vue du principe de la primauté du droit. Le Tribunal avait considéré que cette explication n'était pas suffisante pour entraîner l'application de la clause d'exception en question, notamment au regard du fait que l'intérêt public à connaître cette pratique et à pouvoir, le cas échéant, la critiquer était prépondérant (cf. consid. 7.1). Concernant ces documents, mais également ceux concernant cinq autres compagnies aériennes dont les noms avaient été publiés dans la Feuille fédérale (et pour lesquelles l'exception de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans ne pouvait donc valablement être invoquée), le

Tribunal a admis partiellement le recours et renvoyé la cause à l'autorité inférieure sous l'angle de l'art. 7 al. 2 et 19 al. 1bis LTrans, dans la mesure où l'état de fait avait été insuffisamment instruit par le SEM, qui n'avait pas consulté les compagnies aériennes en question (cf. consid. 6 et 7.2).

E. 6

Au cas d'espèce, il n'est, à juste titre, pas contesté que les trois rapports litigieux de JDMT constituent des documents officiels au sens de l'art. 5 al. 1 LTrans. Cela étant, il convient en premier lieu de déterminer, à l'aune des principes et des considérations qui ont été précédemment exposés (cf. supra consid. 4.3 et 4.4), si leur publication serait de nature à entraver une mesure concrète de l'autorité au sens de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans.

E. 6.1

L'autorité inférieure estime que l'accès aux documents litigieux serait susceptible d'entraver l'exécution de rapatriements futurs. Elle fait valoir que la divulgation des rapports fournirait aux personnes tenues de quitter la Suisse des pistes pour empêcher leur renvoi de notre pays, dans la mesure où elle permettrait de tirer des conclusions sur la manière de procéder d'Oseara tant au niveau de l'évaluation de la transportabilité des personnes, que de l'accompagnement médical et des méthodes employées lors des rapatriements. L'autorité inférieure souligne que la méthode employée par Oseara pour évaluer l'aptitude médicale au transport de personnes tenues de quitter la Suisse ne se limitait pas à examiner la présence ou non de diagnostics figurant dans la liste prévue à cet effet. Il y avait plusieurs éléments à prendre en compte : outre la procédure suivie par Oseara pour évaluer l'aptitude au vol, les méthodes employées lors des rapatriements, par exemple. Au sujet de ces dernières méthodes, elle précise qu'elle ne fait pas référence aux moyens de contrainte possibles, lesquels sont prévus par la loi et donc connus de tous. De plus, les rapports fourniraient des informations sur les comportements récalcitrants susceptibles d'entraver les rapatriements. Or, l'autorité rappelle que, dans ce cadre, tant Oseara que le SEM sont dépendants de la coopération de la personne tenue de quitter la Suisse. Selon l'autorité inférieure, il existe donc un risque réel que l'exécution de décisions de renvoi entrées en force soit compromise, ce qui irait à l'encontre d'une politique crédible et efficace en matière d'asile et de migration.

E. 6.2

En substance, les recourants soutiennent, quant à eux, 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 et qu'elle a donc échoué à renverser la présomption en faveur du libre accès aux documents officiels. À titre liminaire, ils font valoir que la divulgation des rapports de JDMT n'aura aucun impact sur les renvois d'ores et déjà exécutés et que l'on ne se trouve ainsi pas le cadre défini par cette disposition. Dès lors que l'autorité inférieure était, selon eux, restée très abstraite dans l'indication des informations considérées comme sensibles, ne donnant aucun exemple concret, ils soutiennent qu'elle fait référence à d'éventuelles informations médicales contenues dans les rapports. Or, si les rapports donnaient des indications sur les symptômes usuels ou typiques de certaines pathologies constituant des contre-indications médicales aux rapatriements sous contrainte, étant rappelé que ces dernières sont publiques, ces données seraient, elles aussi, aisément accessibles par d'autres biais, notamment en consultant la littérature médicale, voire en effectuant simplement des recherches sur internet. Au demeurant, les recourants arguent qu'il est difficile d'imaginer que les médecins spécialisés, qui sont des professionnels dans l'évaluation de situations

déliçates, puissent être trompés facilement et indéfiniment par des personnes qui chercheraient à feindre certains symptômes pour éviter leur renvoi de Suisse. Par surabondance, ils exposent que, s'il devait s'avérer que l'efficacité du système était trop faible et permettait aux étrangers en voie d'expulsion ou de renvoi d'échapper aisément à toute mesure, il appartiendrait au législateur d'y remédier, le cas échéant, en durcissant les mesures à l'endroit des personnes récalcitrantes. Il aurait également été loisible au législateur de soustraire la législation sur les étrangers et le droit d'asile au champ d'application de la transparence, ce qu'il n'avait pourtant pas fait. En revanche, il n'appartiendrait pas à l'autorité inférieure d'interpréter extensivement l'exception consacrée à l'art. 7 al. 1 let. b LTrans pour faire face à d'éventuelles lacunes législatives en violation du changement de paradigme voulu par le législateur lors de l'adoption de la LTrans. Les recourants déclarent encore ne pas comprendre pour quelle raison les parties des rapports portant sur la description du mandat de JDMT, la mise en place de la collaboration entre cette société et Oseara, le déroulement de la surveillance et les recommandations formulées seraient soustraits au droit d'accès. S'agissant des recommandations formulées par JDMT, les recourants indiquent qu'elles ont au surplus pour objectif d'améliorer la prise en charge des migrants déboutés et de corriger certains dysfonctionnements constatés, de sorte qu'il s'agirait d'informations essentielles pour le contrôle de l'administration, principe qui se trouve à la base de la LTrans. Il en allait de même au sujet du dernier rapport portant sur un cas particulier, dès lors que celui-ci avait dû mettre en lumière certaines difficultés constatées.

E. 6.3

Sur ce vu, le Tribunal retient ce qui suit au cas d'espèce.

E. 6.3.1

À la lecture des rapports litigieux, il convient de constater tout d'abord que ces derniers portent sur la surveillance de l'activité de la société Oseara dans le cadre de l'exécution de ses prestations médicales pour le compte du SEM, à savoir l'évaluation de l'aptitude au transport et l'accompagnement médical lors des rapatriements. Les deux rapports des années 2019 et 2020 comportent notamment une partie générale sur la description du mandat de la société JDMT, la mise en place de la collaboration entre cette société et Oseara, le déroulement de la surveillance et les difficultés rencontrées dans ce cadre. En outre, les rapports comportent une partie intitulée « Fall controlling », dans laquelle JDMT expose le nombre de cas particuliers ayant fait l'objet de son contrôle et leur attribue une couleur (vert, orange, rouge) qui dépend de la présence ou de l'absence de critiques de sa part et de leur niveau de gravité. JDMT expose aussi ses constatations, tant sur les cas particuliers qui lui ont été soumis lors de la surveillance, que de manière générale, et énumère ce qui constitue, selon elle, des problèmes en relation avec les tâches d'Oseara et les points d'amélioration. On peut ici noter que le rapport annuel de l'année 2019 est plus détaillé en relation avec les cas contrôlés, dans la mesure où il cite parfois, pour étayer les constatations faites, les numéros de dossier des personnes concernées auprès du SEM et, de manière épisodique, leur âge ou leur canton de domicile. Par contre, il peut déjà être observé que ni les noms des personnes concernées dans les cas examinés, ni leur nationalité ne sont mentionnés dans les rapports, ni d'ailleurs le nom des médecins traitants (ces informations ont, dans de rares cas, été caviardées par JDMT elle-même, voir p. 9,10 et 12 du rapport annuel 2019). Seule l'annexe au rapport annuel 2019, constituée de plusieurs fichiers Excel, liste l'ensemble des cas ayant fait l'objet du contrôle par JDMT en

mentionnant les noms, les nationalités et d'autres informations personnelles et médicales relatives aux personnes ayant fait l'objet d'une mesure de rapatriement (cf. à ce sujet infra consid. 8.3.6). Les rapports annuels formulent finalement des recommandations à l'attention du SEM. Le troisième rapport a pour but d'analyser la décision prise par Oseara dans un cas particulier sur l'aptitude médicale au transport. Il conclut, pour l'essentiel, que la décision d'Oseara de refuser, à deux reprises, d'admettre la transportabilité de la personne concernée au regard de ses problèmes médicaux était compréhensible et correcte. D'une manière générale, le Tribunal observe que, dans les rapports en question, JDMT, visiblement irritée par un manque de coopération de la part de la société Oseara dans le cadre de la surveillance, se montre (très) critique sur l'activité de cette dernière société et la qualité de ses prestations. Les rapports signalent aussi de potentiels conflits d'intérêts dans l'activité d'Oseara. Finalement, ils mettent en lumière des problématiques qui sont du ressort du SEM, des cantons ou d'autres intervenants.

E. 6.3.2

Comme le fait valoir l'autorité inférieure, il existe certes, de manière générale, un intérêt public important à ce que l'exécution des décisions, entrées en force, prononçant un renvoi ou une expulsion de Suisse ne puisse pas être entravée ou rendue plus difficile, en particulier par la personne devant faire l'objet d'un rapatriement. De même, il existe un intérêt public à ce que l'étranger, par son comportement récalcitrant, ne puisse, en aucune façon, choisir les modalités pratiques de son renvoi forcé. Les renvois sous contrainte sont en effet une mesure d'exécution centrale dans le domaine de la migration. Cela étant, il y a lieu de rappeler que, contrairement à ce que semble considérer l'autorité inférieure dans sa duplique au recours, l'autorité supporte bien le fardeau de la preuve destiné à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels. Or, l'autorité inférieure s'est, pour l'essentiel, bornée à invoquer un risque d'entrave à l'exécution de rapatriements futurs, dans la mesure où les rapports litigieux donneraient des indications sur la manière de procéder d'Oseara, tant au niveau de l'évaluation de la transportabilité des personnes, que de l'accompagnement médical et des méthodes employées lors des rapatriements. Ces explications générales ne suffisent pas encore à comprendre quelles informations précises seraient susceptibles d'entraver sérieusement, et avec un haut degré de probabilité, les renvois et les expulsions à l'avenir, et pour quelles raisons.

E. 6.3.3

En réalité, le Tribunal, après une lecture minutieuse des rapports litigieux, doit constater que ces derniers ne renferment pas d'indications permettant aux étrangers sous le coup d'une décision de renvoi ou d'expulsion de s'y soustraire, d'autant moins que ce risque doit être sérieux pour être admis.

E. 6.3.3.1

En effet, il sied premièrement de constater que ces rapports, loin de décrire précisément la manière de procéder de la société Oseara dans l'accomplissement de ses tâches, critiquent bien plutôt une absence de procédures, d'instructions et de processus de travail clairs et compréhensibles, en particulier en relation avec les décisions prises quant à l'aptitude au transport et à l'accompagnement médical lors des vols de retour.

E. 6.3.3.2

Bien que le rapport annuel 2019 fasse état de diagnostics médicaux, du reste souvent de manière générale (par. ex., troubles psychiques ou psychiatriques, suicidalité, maladie

cardio-vasculaire etc.) dans l'évaluation des cas individuels, ces mentions ont souvent pour but d'expliquer que, de l'avis de JDMT, la documentation médicale ou les clarifications entreprises étaient insuffisantes pour admettre, sans autre, la transportabilité des personnes concernées. Au demeurant, comme l'a rappelé à juste titre le Préposé fédéral, il existe une liste des contre-indications médicales aux rapatriements forcés, laquelle est librement disponible sur internet

(<https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/aktuell/news/2014/2014-12-16.html>). Certes, comme l'indique l'autorité inférieure, l'activité d'Oseara ne se limite pas à vérifier si les troubles médicaux constatés figurent dans ladite liste. Il n'en demeure pas moins que le Tribunal ne discerne, dans les rapports en question, aucune information médicale pouvant être vue comme la clé du succès de la bonne exécution des rapatriements futurs au sens de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans, étant au surplus précisé que les recourants peuvent être suivis lorsqu'ils font valoir que la seule indication par la personne concernée d'un symptôme d'une maladie susceptible de constituer une contre-indication médicale au rapatriement n'est pas suffisante pour nier l'aptitude au vol, celle-ci devant être confirmée, d'un point de vue objectif, sur le plan médical. Ce constat vaut en particulier pour le troisième rapport portant sur un cas particulier qui mentionne des affections médicales de manière plus précise (une cirrhose du foie en relation avec des varices de l'oesophage et une hypertension artérielle).

E. 6.3.3.3

Pour ce qui est des méthodes employées lors des rapatriements et les comportements récalcitrants susceptibles de les entraver, auxquels se réfère l'autorité inférieure pour justifier le refus d'accès sous l'angle de l'art. 7 al. 2 let. b LTrans, le Tribunal ne discerne pas non plus de passage dans les rapports qui pourraient, avec le degré de vraisemblance requis, entraver l'exécution de futurs renvois forcés. La motivation trop générale et sommaire de l'autorité inférieure n'est d'ailleurs pas de nature à permettre au Tribunal d'admettre la réalisation des conditions de cette exception, laquelle doit, faut-il le rappeler, être admise de manière restrictive (cf. supra consid. 4.3.2). Tout au plus, le Tribunal constate que JDMT indique que certains vols ont dû être annulés, sans que l'on sache si la raison était d'ordre technique, organisationnel ou médical. En particulier, JDMT relate brièvement notamment un cas dans lequel un rapatriement sur un vol de ligne a dû être annulé en raison du comportement récalcitrant de la personne concernée, atteinte sur le plan psychiatrique, qui était attachée à son siège, au point que le pilote a refusé de prendre le « passager ». Au sens de JDMT, cette issue était prévisible, vu les troubles médicaux en cause et les avertissements des médecins quant aux problèmes pouvant survenir lors d'un retour, de sorte qu'un vol spécial aurait pu être envisagé (rapport annuel 2019, p. 13). La divulgation de ce passage, bien que non dépourvu de tout caractère sensible, n'est toutefois pas de nature à compromettre sérieusement l'effectivité de futurs renvois et de tomber dans les prévisions de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans. En effet, les différentes formes d'éloignement par voie aérienne sont prévues par la loi (cf. art. 28 al. 1 OLUc), laquelle fait dépendre la forme à choisir selon le degré de résistance que la personne étrangère est susceptible d'opposer, ainsi que des circonstances concrètes, notamment son état d'agitation. Du reste, la loi précise également que des menottes ou d'autres liens peuvent être utilisés et que le recours à la force physique est envisageable.

E. 6.3.4

Surtout, le Tribunal relève que l'intérêt public à connaître et à pouvoir discuter les conclusions de rapports sur le fonctionnement et l'activité d'une entreprise privée

collaborant avec une autorité dans l'accomplissement de ses tâches publiques, et les mesures prises ou non par l'Etat pour remédier à d'éventuelles lacunes, pèse particulièrement lourd, a fortiori lorsque ces rapports mettent en lumière certains dysfonctionnements ou potentiels d'amélioration sur un sujet aussi délicat que le rapatriement sous contrainte des étrangers souffrant de problèmes médicaux. Cet intérêt est d'autant plus important que les opérations d'éloignement forcé (par voie aérienne) de personnes affectées sur le plan de la santé soulèvent des questions inhérentes au respect des droits fondamentaux et que des incidents ou des drames ont déjà eu lieu par le passé (cf. arrêt du TAF A-683/2016 précité consid. 5.5.8). C'est le lieu de rappeler que la LTrans et le principe de la transparence qu'elle institue ont notamment pour but d'améliorer le contrôle des autorités étatiques et de susciter la confiance du citoyen en l'administration et en son fonctionnement (cf. supra consid. 4.1). Or, ces buts prennent, dans les circonstances de l'espèce, tout leur sens. Enfin, le fait qu'un droit d'accès puisse avoir des conséquences désagréables n'a pas à être pris en considération (cf. supra consid. 4.3.2), de sorte que les éventuels désagréments, du reste non explicitement invoqués par l'autorité inférieure, liés à la révélation des faits concernant l'activité de la société Oseara, ne suffisent, à eux seuls, pas pour justifier un refus d'accès.

E. 6.3.5

En conclusion, l'accès aux trois derniers rapports de JDMT sur l'activité de la société Oseara ne peut être refusé, même partiellement, sur le fondement de l'exception consacrée à l'art. 7 al. 1 let. b LTrans. L'autorité inférieure était donc mal fondée à se prévaloir de cette disposition à l'appui de la décision attaquée.

E. 7

Ensuite, il sied d'examiner la seconde exception invoquée par l'autorité inférieure pour justifier son refus complet de donner accès aux rapports litigieux, à savoir la protection des intérêts nationaux au sens de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans (cf. supra consid. 4.3 et 4.5).

E. 7.1

Il ressort de la décision querellée que l'autorité inférieure considère que la divulgation des rapports en question risquerait de créer des tensions avec les pays évoqués et menacerait des relations de coopération construites avec soin, qui revêtent une grande importance, non seulement pour la Confédération et les cantons, mais également pour la grande majorité du Parlement fédéral. L'autorité inférieure expose que les rapatriements ne sont possibles que si les Etats concernés laissent effectivement les personnes entrer sur leur territoire et, si nécessaire, autorisent les vols spéciaux. La Suisse est tributaire de la coopération avec les Etats étrangers dans le domaine des renvois forcés et a donc intérêt à ne pas la mettre en danger. Or, la gestion des cas médicaux lors des rapatriements est un sujet particulièrement sensible et, si les informations en question étaient publiées, les Etats d'origine pourraient les utiliser pour refuser de réadmettre leurs ressortissants, ce qui compliquerait les relations internationales de la Suisse. Selon l'autorité inférieure, l'exception prévue par l'art. 7 al. 1 let. d LTrans est formulée de telle sorte qu'il suffit que les relations internationales de la Suisse puissent être compliquées par la divulgation des informations pour refuser intégralement l'accès aux documents en question. Du reste, un caviardage des noms des pays concernés ne serait pas à même de réduire le risque de dommage pour la Suisse. En effet, ce n'est pas tant la mention des Etats dans les rapports qui risquerait de compromettre les relations internationales que le fait de publier des informations relatives aux prestations médicales dans le cadre des rapatriements, en raison de la sensibilité du sujet.

E. 7.2

Les recourants arguent, quant à eux, que la motivation de l'autorité inférieure ne leur permet pas de comprendre quelles informations mériteraient de rester secrètes selon l'art. 7 al. 1 let. d LTrans. Ils font remarquer que l'autorité inférieure n'a pas expliqué être liée par un engagement international ou une convention l'empêchant de fournir des informations données par un Etat étranger sous le sceau de la confiance, ni être en négociation pour la conclusion d'un accord qui pourrait être mise en péril par la révélation des rapports demandés. Les recourants déclarent ne pas comprendre pour quel motif la divulgation des rapports pourrait avoir pour conséquence que les Etats étrangers refuseraient de réadmettre leurs ressortissants. Au contraire, la transparence permettra, selon eux, de démontrer que la gestion des renvois de personnes souffrant de problèmes médicaux est faite de manière professionnelle et facilitera les relations avec les Etats étrangers. À n'en point douter, les recommandations émises par la société JDMT démontreront que la Suisse agit avec humanité et dignité dans le cadre de rapatriements d'étrangers souffrant de pathologies, mais surtout qu'elle prend les mesures qui s'imposent lorsque des dysfonctionnements sont constatés. En tout état de cause, les recourants soutiennent, en émettant en particulier l'hypothèse que les rapports pourraient contenir des indications négatives sur les comportements de certains pays avec lesquels la Suisse a des accords, qu'il suffirait, comme l'a recommandé le Préposé fédéral, de caviarder le pays de destination ou la nationalité des personnes concernées afin de rendre minime le risque d'atteinte aux intérêts de la Suisse.

E. 7.3

Au cas d'espèce, le Tribunal relève tout d'abord qu'il est exact que le rapatriement sous contrainte de personnes étrangères sous le coup d'une décision de renvoi ou d'expulsion exécutoire est un domaine sensible qui dépend également de la volonté des Etats étrangers d'accepter ou non le retour de leurs ressortissants, cas échéant par vols spéciaux (cf. art. 5 OERE). Ce constat ne veut toutefois pas encore dire que l'accès à tout document portant sur cette thématique est susceptible per se de porter atteinte aux intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et à ses relations internationales. Il convient que l'autorité inférieure expose de manière convaincante que tel est susceptible d'être sérieusement le cas. Or, les explications de l'autorité inférieure à cet égard, qui demeurent très générales, ne sont pas de nature à emporter la conviction du Tribunal. En particulier, on ne comprend pas pour quelles raisons les Etats étrangers refuseraient de reprendre leurs ressortissants sur leur territoire s'ils avaient connaissance des rapports de JDMT concernant la surveillance de la société médicale privée Oseara. De fait, les rapports en question ne contiennent aucune information délicate au sujet des relations internationales de la Suisse, portant par exemple sur la nature d'accords internationaux particuliers ou faisant état de tensions avec des pays étrangers, susceptible d'entraîner une détérioration des relations bilatérales. Au contraire, aucun Etat étranger n'est même mentionné dans les rapports litigieux.

E. 7.4

Dans ces circonstances, le Tribunal doit constater que l'autorité inférieure n'a pas établi à satisfaction de droit que la divulgation des rapports de JDMT sur l'activité d'Oseara risquerait, de manière hautement probable, de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales.

E. 8

L'autorité inférieure se prévaut encore de la protection de la sphère privée et de la personnalité des étrangers ayant fait l'objet d'un rapatriement dans leurs pays d'origine et dont les cas sont évoqués dans les rapports litigieux pour s'opposer à leur transmission aux recourants.

E. 8.1

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.

E. 8.1.1

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 est celle qui figure à l'art. 3 let. a de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD, RS 235.1). Il s'agit de toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable, laquelle peut-être une personne physique ou morale (cf. art. 3 let. b LPD). Par toutes les informations, on entend toutes celles, de tout genre, de tout contenu et de toute forme, qui peuvent être mises en relation avec une personne et devenir des données au sens de la loi (cf. Philippe Meier, Protection des données, Berne 2011, p. 197s.; Gabor P. Blechta, BSK DSG/BGÖ, op. cit., n. 6s. ad art. 3 LPD; pour l'ensemble de ce qui précède : arrêt du TF 1C_74/2015 précité consid. 3.2 et réf. cit. ; arrêt du TAF A-8073/2015 du 13 juillet 2016 consid. 6.1.1 et réf. cit.).

E. 8.1.2

L'art. 6 al. 1 OTrans précise que, s'il apparaît dans le cadre de l'examen d'une demande d'accès que des intérêts publics à la transparence s'opposent au droit du tiers à la protection de sa sphère privée, l'autorité compétente peut exceptionnellement accorder l'accès, après avoir procédé à une pesée des intérêts en présence. L'art. 6 al. 2 OTrans définit de manière non exhaustive ce qu'il faut entendre par intérêt public prépondérant, notamment lorsque le droit d'accès à un document répond à un besoin particulier d'information de la part du public suite notamment à des événements importants (let. a). Des événements de nature politique peuvent être considérés comme des événements importants au sens de cette disposition (cf. arrêt du TAF A-3609/2010 du 17 février 2011 consid. 4.2 et la réf. cit.).

E. 8.1.3

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. Il n'est toutefois pas nécessaire de les rendre anonymes si le consentement explicite ou implicite de la personne concernée avant la publication est donné (cf. arrêt du TAF A-3621/2014 du 2 septembre 2015 consid. 4.3.2 et les réf cit.). 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. 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 réf. cit. ; arrêt du TAF A-6054/2013 du 18 mai 2015 consid. 4.2.2).

E. 8.1.4

Pour le cas où il n'est pas possible de rendre anonyme un document - ce qui est par exemple le cas quand la demande d'accès porte sur une personne que le demandeur nomme dans sa requête (cf. Message LTrans, FF 2003 1807ss, 1873 ; arrêt du TF 1C_50/2015 du 5 février 2016 consid. 5.2.2 ; ATAF 2013/50 consid. 9.5 p. 791 s.) -, l'art. 19 LPD s'applique (cf. art. 9 al. 2 LTrans). L'art. 19 al.1bis LPD consacre lui aussi une norme de coordination sur l'accès à des documents officiels contenant des données personnelles (cf. Message LTrans, FF 2003 1807ss, 1873) et fixe les conditions auxquelles les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles en vertu de la LTrans.

E. 8.1.5

Dans tous les cas, il convient donc de procéder, au cas par cas, à une évaluation minutieuse des intérêts en présence avant de donner accès à des documents officiels comportant des données personnelles de tiers. Dans ce cadre, il s'agit de considérer, d'une part, l'intérêt public à la transparence et, d'autre part, l'intérêt à la protection de la sphère privée et à l'autodétermination informationnelle des tiers concernés. Lors de la pondération des intérêts, il convient en particulier de tenir compte du genre des données visées, du rôle et de la position de la personne concernée, et de la gravité des conséquences que la divulgation entraînerait pour elle (cf. ATF 142 II 340 consid. 4, arrêt du TF 1C_74/2015 précité consid. 4.1.3 et les réf. cit.). Ainsi, selon la doctrine et la jurisprudence, l'autorité compétente doit admettre le droit d'accéder aux données requises, lorsque l'accès ne causera vraisemblablement aucune atteinte à la sphère privée de la personne en cause ou lorsque la consultation des documents n'aura qu'une simple conséquence désagréable ou moindre sur cette personne. Lorsque l'atteinte à la sphère privée n'est qu'envisageable ou peu probable, le droit d'accès doit également être accordé (cf. ATF 133 II 209 consid. 2.3.3 ; arrêts du TAF A-3621/2014 du 2 septembre 2015 consid. 4.3.4, A-6054/2013 du 18 mai 2015 consid. 4.2.2, A-3192/2010 du 17 juin 2011 consid. 6.2.2 A-3609/2010 précité consid. 4.4 et les réf. cit. ; Stephan Brunner, *Öffentlichkeit der Verwaltung und informationelle Selbstbestimmung*, in: Patrick Sutter (éd.), *Selbstbestimmung und Recht*, 2003, p. 51). En présence d'intérêts privés prépondérants, l'autorité ne doit pas dans tous les cas refuser l'accès mais peut, conformément au principe de la proportionnalité, simplement le restreindre ou le différer (cf. art. 7 al. 2 LTrans ; arrêt du TF 1C_74/2015 précité consid. 4.1.3).

E. 8.2

Les parties se divisent sur les éléments suivants.

E. 8.2.1

L'autorité inférieure, qui rappelle que les données médicales sont des données sensibles, soutient que la divulgation des rapports et des nombreux détails qu'ils contiennent permettrait à un nombre non négligeable de personnes, notamment dans les communes, de tirer des conclusions sur l'identité des personnes intéressées. Une anonymisation des données personnelles ne permettrait pas de juguler ce risque d'atteinte à la personnalité des étrangers, en particulier pour celles et ceux dont les cas ont été évoqués dans les médias. L'autorité inférieure relève que, même si ces personnes avaient, à l'époque, donné leur accord à la publication de leurs données personnelles, cela n'impliquerait pas automatiquement que, deux ou trois années plus tard, elles soient encore favorables à ce que des informations et des appréciations personnelles nouvelles les concernant soient rendues publiques. Dans ce contexte, l'autorité inférieure renvoie également à l'art. 15s al. 3 OERE, qui prévoit que les données médicales et les informations sur l'organisation du départ sont effacées au plus tard douze mois après que la personne concernée ait quitté la Suisse. Selon l'autorité inférieure, il n'existe aucun intérêt public prépondérant justifiant de porter atteinte, de quelque manière que ce soit, à la sphère privée des étrangers intéressés. Au surplus, l'autorité inférieure précise qu'aucune des personnes mentionnées dans les rapports n'a donné son accord à leur publication et que l'intérêt marqué des médias ne saurait remplacer l'absence de consentement des personnes concernées. Aussi, elle relève que l'un des trois rapports se concentre sur un cas individuel qui n'a pas été évoqué publiquement jusqu'à présent.

E. 8.2.2

Les recourants avancent, quant à eux, que, selon la jurisprudence, le droit d'accès doit aussi être accordé si l'atteinte à la sphère privée de tiers n'est qu'envisageable ou peu probable, d'autant plus s'il existe, comme en l'espèce, un intérêt public prépondérant à la divulgation des documents litigieux. De fait, l'anonymisation des éventuels noms des personnes et de leur canton ou commune de domicile, ainsi que du pays d'origine et de destination de l'étranger serait, à leur avis, suffisante. À partir du moment où ces données ne sont pas accessibles, il ne serait pas possible de rattacher les informations à une personne déterminée ou déterminable, de sorte qu'on ne peut plus, à leur avis, parler de données personnelles. De plus, il n'est pas possible, selon les recourants, de retenir une atteinte à la sphère privée d'une personne au sens de la LTrans si celle-ci a consenti à transmettre ses données personnelles pour un article de presse. En tout état de cause, même si une personne renvoyée de Suisse pouvait être identifiée par le public, malgré les mesures d'anonymisation prises, il s'agirait alors assurément d'une personne qui avait accepté, par le passé, la médiatisation complète de son dossier, de sorte que ce n'est pas l'accès aux rapports litigieux en vertu de la LTrans qui conduirait à ce que son identité soit révélée, mais bien la médiatisation passée. La référence à l'art. 15s OERE de l'autorité inférieure serait sans pertinence, dans la mesure où l'objet de la demande des recourants est l'accès aux trois derniers rapports de JDMT sur la surveillance d'Oseara et non d'obtenir systématiquement les données médicales des personnes rapatriées.

E. 8.3

En l'espèce, il convient de procéder à une évaluation minutieuse des intérêts en jeu, à savoir l'intérêt public à la transparence et l'intérêt à la protection de la sphère privée, voire intime,

des personnes mentionnées dans les rapports en question.

E. 8.3.1

À cet égard, il sied de relever que seules quelques pages du rapport annuel 2019 font état de cas particuliers en donnant des indications précises. Tel est essentiellement le cas du numéro de dossier des personnes concernées auprès du SEM. De manière épisodique, on retrouve également, dans les rapports, le canton de domicile des personnes concernées, voire leur âge ou la date de naissance d'un enfant en bas âge, par exemple. De même, dans le troisième rapport portant sur un cas particulier, le numéro de dossier et le nom du médecin-traitant de la personne concernée dans l'établissement pénitentiaire sont également mentionnés. Ces informations, qui pourraient permettre de rattacher des données médicales, donc des données sensibles (cf. art. 3 let. c LPD), à une personne déterminée ou déterminable, seraient susceptibles de porter atteinte à la sphère privée, voire intime, des personnes concernées, de sorte qu'il convient de faire preuve d'une attention particulière. Cela dit, les trois rapports en cause ne font pas état du nom des étrangers concernés, ni de leur pays d'origine ou de destination.

E. 8.3.2

Or, les recourants ont admis l'anonymisation des personnes et des lieux figurant dans les rapports (canton et commune de domicile, pays d'origine et de destination de l'étranger), afin que les informations ne puissent plus être rattachées à une personne déterminée ou déterminable. Le Tribunal est d'avis que ces caviardages seraient suffisants pour sauvegarder les intérêts privés en cause. De fait, les rapports litigieux ne contiendraient plus, du moins dans la très grande majorité des cas, de données personnelles d'étrangers ayant fait l'objet d'une (tentative) d'éloignement de Suisse, dans la mesure où les données concernant des cas particuliers ne permettraient plus de remonter à la personne concernée, par exemple par l'agrégation ou la combinaison de données.

E. 8.3.3

En tout état de cause, quand bien même une atteinte à la sphère privée des étrangers, dont les cas sont évoqués dans les rapports, ne pourrait pas être d'emblée exclue malgré l'anonymisation consentie par les recourants, en particulier au regard d'une médiatisation passée, le Tribunal de céans retient que l'intérêt des recourants et celui du public à pouvoir consulter les documents litigieux est prépondérant. De fait, le sujet des rapatriements sous contrainte d'étrangers souffrant de problèmes de santé, dont Oseara a admis l'aptitude au vol, tantôt contre l'avis des médecins traitants, a régulièrement fait l'objet de critiques dans les médias, suscité la préoccupation des associations de défense des droits humains et de certains parlementaires fédéraux ou cantonaux, mais également parfois ému la population. L'activité d'Oseara et les résultats des contrôles effectués par JDMT suscitent du reste aussi l'intérêt (cf. notamment : interpellations parlementaires 21.3109 du 10 mars 2021 « Renvoi forcé de requérants d'asile. Besoin d'éthique et de transparence ? », 19.4506 du 19 décembre 2019 « Grossesse en cas de renvoi ou d'expulsion et de détention préalable », 19.3529 du 9 mai 2019 « Contrôle de l'encadrement médical des renvois forcés. Renseignements erronés fournis par le SEM » ; Questions parlementaires 22.1021 du 11 mai 2022 « Rapatriements. Transparence concernant les données, examens médicaux et le contrôle des prestations d'Oserara SA », 19.5363 du 12 juin 2019 « Le mode de financement de la société OSEARA ne fausse-t-il pas son jugement ? », 19.5265 du 5 juin 2019 « Renvois forcés : le mandat de la société OSEARA est-il adapté aux cas impliquant des mineurs ? » ; Motion « Jean-Michel

Dolivo et consorts - En cas de décision de renvoi forcé, le canton examine la situation de santé des personnes concernées avant d'exécuter le renvoi ! » et rapport d'avril 2020 de la Commission thématique de la santé publique du Grand Conseil de l'Etat de Vaud ; Le temps des réfugiés du 15 mars 2018 « Vols spéciaux : le contrat de prestation entre le SEM et la société médicale Oseara doit être repensé » ; Article du 24 heures du 23 mars 2019 « Expulsé malgré son cancer, il dénonce des négligences » ; Articles Le Matin.ch des 10 et 14 mai 2019 « Le conseil d'Etat a-t-il perdu le sens de l'humanité ? », « Leysin: Renvoi brutal: Vaud veut faire la lumière sur ce dossier » ; Article Watson du 9 juillet 2020 « Verfahren abgebrochen : Umstrittene Firma begleitet Aussaffungsflüge weiter » ; Article Le Nouvelliste du 14 septembre 2021, rédigé par les recourants, « Demandes d'asile : ils sont malades et pourtant renvoyés ». Ces circonstances sont de nature à justifier un besoin d'information particulier de la part du public au sens de l'art. 6 al. 2 let. a OTrans en relation avec l'art. 7 al. 2 LTrans, dans la mesure où le contenu des rapports litigieux est susceptible d'influencer le débat au sein de la société et de la politique sur ce sujet controversé. En toute hypothèse, les recourants peuvent également être suivis lorsqu'ils soutiennent que, si une personne demeurait, malgré les caviardage entrepris, identifiable en raison de l'intérêt que les médias ont porté à son dossier, l'éventuelle atteinte à sa sphère privée résulterait, avant tout, de la médiatisation passée de son cas et non de la divulgation des rapports de JDMT concernant la surveillance de la société Oseara, conformément au principe de la transparence. Au surplus, il convient de retenir que l'exception de la sphère privée (cf. art. 7 al. 2 LTrans) n'a pas pour vocation de permettre à l'administration d'occulter des informations dérangeantes, d'éventuels dysfonctionnements et des conflits d'intérêts potentiels au sein d'une entreprise privée participant à l'accomplissement de tâches publiques. Enfin, l'argument de l'autorité inférieure selon lequel les données médicales et les informations sur l'organisation du départ doivent être effacées au plus tard douze mois après que la personne concernée a quitté la Suisse (cf. art. 15s al. 3 OERE) ne change rien au fait que les rapports sollicités doivent être, dans une large mesure, accessibles selon la LTrans. L'autorité inférieure ne soutient en particulier pas, et à juste titre, que cette disposition figurant dans une ordonnance du Conseil fédéral constituerait une *lex specialis* au sens de l'art. 4 let. a LTrans faisant échec à l'application de la législation sur la transparence.

E. 8.3.4

Comme cela ressort de ce qui précède, il appert que seule une partie des rapports litigieux contiennent des informations devant rester confidentielles en application de l'art. 7 al. 2 LTrans. Or, comme le Tribunal a récemment eu l'occasion de le rappeler à l'autorité inférieure (cf. arrêt du TAF 2022/2021 du 7 juin 2022), 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. 4.3.2 et 8.1.5). Partant, l'autorité inférieure ne pouvait pas purement et simplement refuser aux recourants l'accès aux rapports sollicités sans enfreindre la législation sur la transparence. Au contraire, l'autorité inférieure aurait dû accorder un accès partiel à tous les passages des documents litigieux qui ne justifient d'aucun intérêt digne de protection au maintien du secret au sens des exceptions à la LTrans, soit à une très large partie des documents. Eu égard à l'argument de l'autorité inférieure, qui frise la témérité, selon lequel les documents ne contiendraient plus que des fragments de texte sans valeur informative, et sans lien avec le sujet, après un caviardage des passages entrant dans le champ d'application des exceptions à la transparence, le Tribunal estime opportun, également pour des motifs

d'économie de procédure, de statuer en réforme, comme le requiert les recourants dans les conclusions de leur recours. Ainsi, la Cour de céans désignera elle-même les informations dont elle estime que la divulgation serait susceptible de porter atteinte à la sphère privée de tiers, et ce quand bien même le Préposé ne s'est pas livré à cet exercice dans sa recommandation du 24 février 2022 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, les documents 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 les documents n'auraient plus aucune contenu informatif s'il fallait procéder au caviardage des passages tombant sous le coup des exceptions à la transparence (cf. dans ce sens également arrêt du TAF A-2022/2021 précité consid. 6.3.1).

E. 8.3.5

Ainsi, étant rappelé que certaines informations ont déjà été caviardées par JDMT elle-même (cf. supra consid. 6.3.1), le Tribunal considère que peuvent également être caviardés : les numéros de dossier des personnes concernées auprès du SEM et, lorsqu'ils sont indiqués, leur âge, la date de naissance, leur canton de domicile et le nom d'un médecin traitant (essentiellement, de manière éparse, aux pages 9 à 19 du rapport annuel 2019 et dans le troisième rapport portant sur un cas particulier). Dans leur mémoire de recours, les recourants ont laissé entendre qu'ils n'avaient pas d'objections à ce que les données personnelles des collaborateurs de JDMT et d'Oseara soient caviardées avant la transmission des documents en question. Par conséquent, le Tribunal considère que leurs noms peuvent aussi être anonymisés sans qu'il ne faille se livrer à un examen détaillé de la question de savoir si, nonobstant le fait qu'ils participent à l'accomplissement d'une tâche publique, la protection de leur sphère privée eût justifié une exception au principe de la liberté d'accès aux documents officiels.

E. 8.3.6

En revanche, le Tribunal constate que l'annexe au rapport annuel 2019, qui consiste en plusieurs fichiers Excel listant les cas contrôlés par JDMT, sur laquelle l'autorité inférieure ne s'est jamais formellement prononcée, comporte de nombreuses informations susceptibles en particulier de porter atteinte à la sphère privée de tiers (notamment les noms des personnes concernées par une mesure d'éloignement, leur nationalité, leur âge, leur année de naissance, leur canton de domicile). Aussi, cette annexe reprend, de façon plus détaillée que les rapports, les constatations médicales résultant des documents médicaux les concernant et contient des informations sur le rapatriement. Or, il est malaisé que le Tribunal désigne lui-même l'ensemble des indications pouvant être caviardées dans ces fichiers Excel au titre des exceptions à la LTrans, telles que précédemment définies. Un renvoi de la cause à l'autorité inférieure s'impose à ce propos afin procéder au caviardage des informations tombant sous le coup des exceptions à la transparence, en particulier de l'art. 7 al. 2 LTrans.

E. 9

De l'ensemble des considérants qui précèdent, il suit que l'accès aux documents objet de la demande de transparence ne pouvait être intégralement refusé en application de l'art. 7 al. 1 let. b, d et al. 2 LTrans. Ainsi, le recours doit être admis et la décision du 16 avril 2022 réformée en ce sens que l'accès aux trois derniers rapports de JDMT sollicités par les

recourants est accordé dans le sens du considérant 8.3.5. Par souci de clarté, l'autorité inférieure reçoit, en annexe au présent arrêt, une copie des rapports dont les indications pouvant être soustraites au droit d'accès sont indiquées en surbrillance. Quant à l'accès à l'annexe au rapport annuel 2019 de JDMT, la cause sera renvoyée à l'autorité inférieure pour nouvelle décision au sens du considérant 8.3.6.

E. 10.1

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 des recourants, puisque le recours est admis pour l'essentiel. L'avance de frais de 1'000 francs qu'ils ont versée, le 17 juin 2022, leur 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 l'autorité inférieure n'a pas de frais de procédure à acquitter.

E. 10.2

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 en relation avec l'art. 7 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Dans les conclusions du recours, le mandataire des recourants a requis l'allocation en faveur de ces derniers d'une indemnité de dépens. Dit mandataire n'a toutefois fourni aucun décompte comportant la liste des frais. Conformément à l'art. 14 al. 2 FITAF, le Tribunal, en l'absence de décompte de prestations, fixe l'indemnité sur la base du dossier. Au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, de l'importance de l'affaire, du degré de difficulté de cette dernière et de l'ampleur du travail accompli par le mandataire des recourants (recours de 13 pages, réplique de 5 pages, observations finales de 4 pages, la réplique et les observations finales comprenant des redites avec le recours), le Tribunal estime, au regard des art. 8 FITAF et ss, que le versement d'un montant global de 3'000 francs à titre de dépens (y compris supplément TVA selon l'art. 9 al. 1 let. c FITAF) apparaît comme équitable en la présente cause. (le dispositif est porté en page suivante)

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