

# **BVGer A-5260/2021 vom 1. November 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-11-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-5260\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5260_2021)

FR: TAF A-5260/2021 du 1 novembre 2023

IT: TAF A-5260/2021 del 1 novembre 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 (ordonnance sur la transparence [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 let. d LTAF, dont fait partie l'OFJ (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 qui prévalent à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 al. 1 PA, le Tribunal est compétent pour connaître du présent 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 la destinataire de la décision litigieuse, laquelle 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**

En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal dispose d'une pleine cognition. Il revoit librement l'application du droit par l'autorité inférieure (art. 49 PA), y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), la constatation des faits (let. b) et l'opportunité de la décision attaquée (let. c), tous griefs que le recourant peut soulever à l'appui de son recours.

#### **E. 2.2**

Conformément à la maxime inquisitoire, le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (art. 13 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. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2, 2012/23 consid. 4).

### **E. 2.3**

L'objet du présent litige consiste à déterminer si l'autorité inférieure a refusé à bon droit l'accès de la recourante à l'accord de partage international qu'elle a conclu avec les autorités ouzbèkes au mois d'octobre 2020 (cf. supra let. A.c). Après avoir brièvement rappelé les principes essentiels gouvernant les demandes d'accès aux documents officiels fondés sur législation sur la transparence (cf. infra consid. 3) et avoir posé le cadre juridique particulier dans lequel s'inscrit le « Sharing Agreement » en question (cf. infra consid. 4), il sera examiné si la LTrans trouve application à la demande d'accès de la recourante à la lumière de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 3 LTrans (cf. infra consid. 6) et si l'exception au principe de la transparence invoquée par l'autorité inférieure à l'appui de la décision querellée, à savoir l'art. 8 al. 4 LTrans, est réalisée (cf. infra consid. 5). Il s'agira enfin de se déterminer sur l'existence d'autres motifs qui commanderaient la divulgation du document, en particulier la liberté d'opinion et d'information (cf. art. 16 Cst. et 10 CEDH) invoquée par la recourante (cf. infra consid. 7).

### **E. 3.1**

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 quant à la mission, l'organisation et l'activité du secteur public (cf. ATF 144 II 77 consid. 5.1, 142 II 340 consid. 2.2, 142 II 324 consid. 3.4 ; ATAF 2016/18 consid. 4.1). 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 (cf. 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).

### **E. 3.2**

La LTrans fonde ainsi une présomption en faveur du libre accès aux documents officiels (cf. ATF 142 II 340 consid. 2.2 et les réf. cit.). Il n'est plus possible à l'autorité de décider, sans égard à un quelconque cadre légal, si elle entend ou non donner accès aux informations ou aux documents. Si elle décide de 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 alors prouver que les conditions des art. 4, 7 ou 8 LTrans - instituant des exceptions au principe de la transparence - 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], n. 11 ad art. 6). En ce qui concerne les exceptions prévues dans la LTrans, le législateur a, comme il ressort de ce qui précède, prévu différentes solutions : des exceptions au champ d'application à raison de la personne et de la matière (cf. art. 2 et 3 LTrans), une réserve concernant les dispositions spéciales d'autres lois fédérales (cf. art. 4 LTrans), des restrictions au droit d'accès basées sur une pesée des intérêts en cause (cf. art. 7 LTrans) et l'exclusion de tout accès à certains documents (cf. art. 8 al. 1 et 4 LTrans). 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 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.).

### **E. 3.3**

En application du principe de la proportionnalité (cf. art. 5 al. 2 Cst.), l'accès à un document officiel 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. not. ATF 142 II 324 consid. 3.3, 142 II 313 consid. 3.6).

### **E. 4**

Le « Sharing Agreement » en litige a été conclu en octobre 2020 dans le cadre légal suivant.

#### **E. 4.1.1**

De manière générale, l'entraide judiciaire pénale internationale comprend toutes les mesures prises par un Etat (Etat requis) sur demande d'un autre Etat (Etat requérant) en vue de soutenir la poursuite et la répression d'infractions pénales dans l'Etat requérant (cf. art. 1 al. 1 et 63 EIMP ; Directives de l'OFJ « L'entraide judiciaire internationale en matière pénale », 9ème édition, 2009, ch. 1.3, p. 5 ; Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5ème éd. 2019, N 5).

#### **E. 4.1.2**

En particulier, l'EIMP et son ordonnance d'exécution (OEIMP, RS 351.11) s'appliquent tant à la coopération de la Suisse avec les Etats qui ne sont pas liés à elle par un traité (Etats non conventionnels) que, à titre supplétif, à la coopération avec des Etats liés à elle par un traité pour les questions non réglées, explicitement ou implicitement, par la convention, ainsi que, en application du principe jurisprudentiel de faveur (« *Günstigkeitsprinzip* »), lorsque le droit interne est plus favorable à l'entraide (cf. ATF 140 IV 123 consid. 2, 137 IV 33 consid. 2.2.2). Dans le système de l'EIMP, lorsque l'autorité d'exécution estime avoir traité la demande en totalité ou en partie, elle rend une décision motivée sur l'octroi et l'étendue de l'entraide (cf. art. 80d EIMP). Cette décision de clôture permet aux personnes touchées par la mesure d'entraide de faire valoir leurs objections et, le cas échéant, de recourir (art. 80b et 80e EIMP). Le droit de consulter le dossier conformément à l'art. 80b EIMP doit, au plus tard, être accordé avant le rendu de la décision de clôture de la procédure d'entraide judiciaire en matière pénale (cf. Stefan Heimgartner/Marcel Alexander Niggli, in: Basler

Kommentar, Internationales Strafrecht, 2015, N 9 ad art. 80b EIMP). Après la clôture de la procédure d'entraide, le droit des parties de consulter le dossier s'éteint en principe, sous réserve de l'invocation de l'art. 29 al. 2 Cst, qui suppose que le requérant fasse valoir un intérêt digne de protection (cf. not. arrêts du Tribunal fédéral [TF] 1C\_352/2018 du 18 septembre 2018 consid. 3.2, 1A.94/2002 du 16 juillet 2002, consid. 2 et les réf. cit).

#### **E. 4.2.1**

Sur le plan international, l'idée de partager les valeurs confisquées entre les Etats qui ont participé à la procédure pénale fut développée en premier lieu aux Etats-Unis d'Amérique qui l'ont baptisée du terme « asset-sharing ». Cette idée fut ensuite reprise par certains accords internationaux qui encouragent les Etats à coordonner les procédures de confiscation et à partager les biens confisqués (cf. Convention du 8 novembre 1990 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime [CBI, RS 0.311.53], Convention des Nations Unies du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes [RS 0.812.121.03] et les Recommandations de 1990, révisées en 1996, du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux [GAFI]).

#### **E. 4.2.2**

La LVPC, entrée en vigueur le 1er août 2004, fixe désormais les modalités du partage, entre les cantons, la Confédération et les Etats étrangers, des objets et valeurs patrimoniales confisqués et des créances compensatrices (cf. art. 1er LVPC). Elle distingue, d'une part, le partage sur le plan interne, soit entre les cantons et la Confédération (partage au niveau national, innerstaatliche Teilung, voir son chapitre 2), et, d'autre part, le partage international, soit entre la Suisse et les Etats étrangers (partage au niveau international, internationale Teilung, voir son chapitre 3). Il est à noter que la LVPC va plus loin que les dispositions potestatives des instruments internationaux précités, dès lors qu'elle fixe en détail les modalités du partage (cf. Georgios Pavlidis, Confiscation internationale : instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse, Genève 2012, ch. 6 p. 297 s.).

#### **E. 4.3.1**

En cas d'entraide internationale en matière pénale, les dispositions du chapitre 3 de la LVPC concernant le partage international régissent - en vertu de l'art. 2 al. 2 de la loi - le partage, entre la Suisse et les Etats étrangers, des valeurs patrimoniales qui sont confisquées en vertu du droit suisse (partage international actif) ou faisant l'objet d'une mesure de confiscation ou d'une mesure analogue en vertu du droit étranger (partage international passif). La notion de « mesure analogue » recouvre les différentes formes que peut revêtir, selon le droit étranger, la mainmise de l'Etat sur les valeurs délictueuses (cf. ATF 132 II 178 consid. 4.2).

L'essentiel est qu'il s'agisse d'une affaire pénale pour laquelle l'entraide judiciaire pourra être accordée en application de l'EIMP (cf. Message du 24 octobre 2001 concernant la loi sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées, FF 2002 423 ss [ci-après : Message LVPC], p. 436 et 442). En l'absence d'une mesure d'entraide internationale, les dispositions du chapitre 2 concernant le partage national s'appliquent lorsque la confiscation est prononcée par une autorité suisse en vertu du droit pénal fédéral (cf. art. 2 al. 1 LVPC). Il s'agit alors de causes purement internes sans élément d'extranéité.

#### **E. 4.3.2**

Le partage international actif, qui, dans le contexte du chapitre 3 est décrit en détail à l'art. 11 al. 1 let. a LVPC, est caractérisé par le fait qu'un Etat étranger coopère à une procédure diligentée par une autorité suisse et au cours de laquelle des valeurs patrimoniales sont confisquées en vertu du droit pénal fédéral. Les valeurs se trouveront en règle générale - mais pas nécessairement - en Suisse. La Suisse propose alors à l'Etat étranger une partie des avoirs patrimoniaux confisqués en raison de l'aide fournie au profit de la procédure pénale. A contrario, le partage international passif, qui, dans le contexte du chapitre 3, est exposé à l'art. 11 al. 1 let. b LVPC, se caractérise par le fait que la Suisse coopère à une procédure menée par une autorité étrangère et au cours de laquelle des valeurs patrimoniales font l'objet d'une mesure de confiscation ou d'une mesure analogue prise par l'autorité étrangère en vertu de son propre droit. Il s'agit par exemple de transmettre des moyens de preuve ou des informations ou de remettre des valeurs résultant d'une infraction en vue de leur confiscation ou de leur restitution à l'ayant droit. En contrepartie, l'Etat étranger pourra, le cas échéant, octroyer à la Suisse une part des valeurs patrimoniales confisquées (cf. Message LVPC, p. 436, 442 et 453). Ainsi, qu'il s'opère à titre actif ou à titre passif, le partage des valeurs patrimoniales confisquées entre la Suisse et les Etats étrangers intervient en cas d'entraide internationale en matière pénale (cf. Message LVPC, p. 442).

#### **E. 4.3.3**

Les dispositions du chapitre 3 de la LVPC concernant le partage international prévoient une procédure à double niveau. Il s'agit, dans un premier temps, de partager, conformément à l'accord de partage interétatique, les valeurs patrimoniales confisquées entre la Suisse et l'Etat étranger (cf. art. 11 à 14 LVPC), puis, dans un second temps, de répartir la part dévolue à la Suisse entre la Confédération et les cantons concernés (cf. art. 15 LVPC). L'art. 11 LVPC met en avant les principes et les conditions qui s'appliquent au partage entre Etats de valeurs patrimoniales confisquées. Il faut d'abord que l'opération de la confiscation soit le produit de la coopération internationale. Le partage sur le plan international se différencie du partage sur le plan interne, en ce qu'il n'est subordonné à aucun montant minimum. Lorsque la Suisse confisque des valeurs patrimoniales dans une procédure pénale menée en coopération avec un Etat étranger, elle ne peut en règle générale les partager avec lui que si la réciprocité est garantie (cf. art. 11 al. 2 LVPC). L'art. 11 al. 3 LVPC stipule que la loi ne confère aux Etats étrangers aucun droit d'exiger une part des valeurs patrimoniales confisquées. Dès qu'un partage avec un Etat étranger entre en considération dans le cadre ou en vue d'une confiscation, les autorités de poursuite pénale cantonales ou fédérales doivent en informer l'OFJ (cf. art. 12 al. 1 LVPC), qui sera compétent pour mener les négociations avec les autorités étrangères, ainsi que pour conclure l'accord de partage international (cf. art. 13 al. 1 LVPC). L'art. 12 al. 2 LVPC exige qu'avant d'entamer les pourparlers en vue de la conclusion d'un accord de partage, l'OFJ informe la direction compétente du DFAE et qu'il consulte les autorités de poursuite pénale concernées. Lorsque le montant brut des valeurs patrimoniales confisquées ou à confisquer dépasse 10 millions de francs, l'OFJ requiert l'approbation du DFJP, qui consulte au préalable le Département fédéral des finances (cf. art. 13 al. 1 2ème phrase LVPC). Dans les cas qui revêtent une importance politique, l'OFJ sollicite l'avis de la direction compétente du DFAE avant la conclusion de l'accord (cf. art. 13 al. 2 LVPC). Lorsque les autorités suisses sont compétentes pour confisquer les valeurs patrimoniales, l'OFJ doit obtenir au préalable l'accord des autorités cantonales ou fédérales concernées. En cas de différend, le Conseil fédéral tranche définitivement (cf. art. 13 al. 3 LVPC).

#### **E. 4.3.4**

L'accord de partage, qui est un accord de nature politique (cf. Nicolas Bottinelli in : Sandrine Giroud/Héloïse Rodorf-Braun (édit.), *Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationale*, Bâle 2020, N 585 ss), fixe les modalités du partage et la clé de répartition. En règle générale, les valeurs sont partagées à parts égales entre la Suisse et l'Etat étranger. Il est toutefois possible de s'écarter de cette clé, voire de restituer l'ensemble des valeurs patrimoniales confisquées à l'Etat étranger, pour des motifs fondés, notamment en raison de la nature de l'infraction, du lieu où se trouvent les valeurs patrimoniales, de l'importance de la participation à l'enquête de l'Etat étranger, ainsi que des usages entre la Suisse et l'Etat étranger, de la garantie de la réciprocité, du contexte international ou de l'importance des lésions des intérêts de l'Etat étranger (cf. art. 12 al. 3 LVPC). Si les valeurs proviennent de la corruption de fonctionnaires étrangers ou de la gestion déloyale d'intérêts publics, elles devraient en principe être restituées intégralement à l'Etat concerné (cf. Message LVPC, p. 454).

#### **E. 5**

Au cas d'espèce, est d'abord litigieuse la question de savoir si l'accord de partage conclu en octobre 2020 entre dans le champ d'application matériel de la LTrans, en tant qu'il constituerait un document officiel concernant une procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale au sens de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 3 LTrans. La réponse à cette question, qui ne s'avère pas évidente (cf. consid. 6 ci-après), pourra demeurer ouverte car la seconde question, celle d'une exception au principe de transparence au titre des art. 8 al. 4 LTrans 1 et 7 al. 1 let. d LTrans, aboutit à une réponse positive claire, comme exposé en premier lieu ci-dessous.

##### **E. 5.1.1**

L'autorité inférieure se prévaut de l'exception prévue à l'art. 8 al. 4 LTrans, laquelle interdit strictement l'accès aux documents officiels concernant les diverses positions dans des négociations en cours et futures. Elle fait valoir que, même si la législation sur la transparence devait être appliquée au cas d'espèce, elle ne donnerait de toute façon pas accès au document en question, car les négociations dans ce cas complexe ne sont pas terminées. En effet, étant donné que l'enquête pénale porte sur un complexe de faits de grande envergure, qui doit être considéré dans son ensemble, et qui a abouti au séquestre d'un montant total important, dont seule une modeste tranche a, jusqu'à présent, pu être partagée, d'autres accords entre la Suisse, agissant par l'intermédiaire de l'OFJ, et l'Ouzbékistan devaient être négociés et conclus en ce qui concerne le partage des avoirs dans cette affaire.

##### **E. 5.1.2**

La recourante, pour sa part, estime infondée l'argumentation de l'autorité inférieure relative à l'application de l'art. 8 al. 4 LTrans. Elle invoque que les négociations entre les autorités suisses et ouzbèkes concernant le premier accord sont à l'évidence closes, puisqu'il a été conclu en octobre 2020. Si des négociations concernant le principe du partage des valeurs confisquées doivent encore avoir lieu avec l'Ouzbékistan, il s'agirait de nouvelles discussions portant manifestement sur une autre portion des valeurs confisquées. Or, il serait difficile de comprendre en quoi refuser d'octroyer l'accès au premier accord de partage entraverait gravement la négociation des suivants. De plus, si les négociations en cours étaient si intimement liées à celles précédemment menées, l'autorité inférieure et sa

contrepartie auraient vraisemblablement fait le choix de ne conclure qu'un seul accord de partage pour l'ensemble des avoirs séquestrés. Tel n'a toutefois pas été le cas. Au demeurant, le « Memorandum of Understanding » conclu entre la Suisse et l'Ouzbékistan en septembre 2020 refléterait une volonté claire des signataires de respecter un principe de transparence dans le processus de restitution des avoirs confisqués. Ce principe a été concrétisé avec la publication du « Restitution Agreement » et il convient, selon la recourante, désormais d'accorder également la publicité au « Sharing Agreement ».

### **E. 5.2.1**

L'art. 8 al. 4 LTrans stipule que l'accès à des documents officiels exprimant une prise de position dans le cadre de négociations en cours ou futures est exclu « dans tous les cas ». Cette exception se justifie, car une négociation ne peut pas être menée de manière efficace, si l'on devait contraindre une partie à abattre ses cartes, avant même que la négociation ne commence (cf. Message LTrans, p. 1856 ; également ATAF 2011/52 consid. 6.2.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] A-3631/2009 du 15 septembre 2009 consid. 3.5.2; Pascal Mahon/Olivier Gonin, *Öffentlichkeitsgesetz*, n. 46 ad art. 8). On entend par négociation tous les types de négociation, pour autant que les pourparlers soient en cours ou que leur tenue soit prochaine (cf. MAHON/GONIN, *op. cit.*, n. 48 s. ad art. 8 et les réf. cit.). Selon la doctrine, l'art. 8 al. 4 LTrans n'englobe pas tous les documents relatifs à des négociations, mais uniquement ceux exprimant des « prises de position dans le cadre de négociations en cours ou futures ». Par exemple, des documents purement descriptifs, qui n'expriment pas des prises de position en lien avec les négociations et qui n'évaluent pas non plus le processus de négociation, n'entrent pas dans le champ d'application de la disposition précitée. Partant, les informations en cause doivent avoir de l'importance pour la stratégie de négociation ou pour la suite du processus de négociation (cf. MAHON/GONIN, *op. cit.*, n. 50 ad art. 8).

### **E. 5.2.2**

Par ailleurs, 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. 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: Maurer-Lambrou/Blechta [éd.], *Basler Kommentar Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz*, 3 éd., 2014 [BSK DSG/BGÖ], 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. ; Bertil Cottier/Rainer J. Schweizer/Nina Widmer, in: *Öffentlichkeitsgesetz*, ad art. 7 N 33). Au surplus, l'art. 7 al. 1 let. d LTrans offre une protection plus étendue des informations

sensibles lors de négociations internationales : le droit d'accès ne doit pas révéler prématurément au partenaire de négociation le contenu des négociations, les marges de manoeuvre ou d'autres circonstances accessoires. Sont ainsi concernées non seulement les prises de position ou les arguments de la Suisse, mais aussi d'autres informations qui pourraient être importantes pour la suite des pourparlers (cf. arrêt du TAF A-1784/2014 du 30 avril 2015 consid. 6.3.3 et la réf. cit.). En ce qui concerne le risque d'atteinte à la position de négociation de la Suisse, ce risque ne doit pas se rapporter au résultat des négociations, qui n'est guère prévisible, mais il suffit que les informations soient de nature à affaiblir la position de départ de la Suisse (cf. ATF 142 II 313 consid. 4.2 et arrêt du TAF A-1784/2014 précité consid. 6.3.4 et les réf. cit.).

### **E. 5.2.3**

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. Il en va de même concernant le résultat attendu des négociations internationales (cf. art. 7 al. 1 let. d LTrans cum art. 8 al. 4 LTrans). Il convient en effet d'accorder à l'autorité chargée des négociations une marge d'appréciation particulière lors de l'examen des intérêts de politique extérieure, notamment dans le domaine de la diplomatie avec les usages et les égards qui lui sont propres (cf. arrêt du TAF A-1784/2014 précité consid. 6.3.4 et les réf. cit.). Cette retenue dont doit faire preuve le Tribunal de céans 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. 5.3.1**

En l'espèce, il peut certes être concédé à la recourante que l'accord de partage en question est désormais entré en vigueur avec la conclusion de l'accord de restitution. De fait, les négociations en lien avec le partage et la restitution de la première portion des valeurs définitivement confisquées (131 millions de dollars) pourraient être considérées comme étant désormais achevées. Il n'en demeure pas moins que, pris dans son ensemble, le processus de négociation avec l'Ouzbékistan portant sur le partage et la restitution des valeurs patrimoniales pour l'heure toujours séquestrées en Suisse, dont la somme objet de l'accord litigieux ne constitue qu'une partie, n'est, quant à lui, pas terminé, l'autorité inférieure expliquant de manière convaincante que d'autres accords devront être conclus dans un avenir proche. La question de savoir si l'accord de partage en question serait décisif pour la suite de la stratégie de négociation des autorités fédérales dans le cadre de ce processus avec l'Ouzbékistan est difficile à évaluer, mais il ne peut être exclu que sa divulgation ait des effets concrets sur le déroulement et l'issue du processus de restitution de l'ensemble des fonds à l'Ouzbékistan, ni que la position de la Suisse puisse se trouver affaiblie dans ce contexte. Cette question n'est toutefois pas déterminante.

### **E. 5.3.2**

Avant tout, en effet, le « Sharing Agreement » conclu entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République d'Ouzbékistan est un accord international dont les clauses, liant en équiparité les deux Etats, ne peuvent être divulguées sans disposition expresse ou, du moins, sans l'accord exprès de l'Etat étranger (cf. supra consid. 5.2.2). D'autant moins que les accords de partage sont des accords politiques qui recèlent des informations délicates que l'Etat étranger peut vouloir garder confidentielles. Or, si le « Restitution Agreement », qui est également un accord international, contient des dispositions quant à sa divulgation (cf. art. 2 let. h et 10), tel n'est pas le cas de l'accord de partage. De même, le « Memorandum of Understanding » précise expressément qu'il sera publié par chacun des deux Etats en concordance avec son droit interne. Cette différence peut s'expliquer par le caractère plus politique de l'accord de partage. En toute hypothèse, sa divulgation unilatérale serait susceptible de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales, tant à l'égard de l'Ouzbékistan que d'autres Etats liés ou susceptibles de conclure de tels accords de partage à l'avenir. En particulier, l'on ne peut exclure que certains Etats cherchent à se réclamer de la teneur de clauses, perçues comme généreuses, convenues dans un accord de partage conclu avec un autre Etat afin de tenter d'influencer le processus de négociation à son profit. Aussi, la publication de ces accords internationaux apparaît ne pas correspondre aux standards et aux usages internationaux, de sorte que leur publication de manière unilatérale par la Suisse pourrait l'exposer à la critique sur le plan international et porter préjudice à la collaboration dans l'entraide en matière pénale au détriment de la Suisse. Or, les risques évoqués constituent une exception au principe de la transparence conformément à l'art. 7 al. 1 let. d LTrans en relation avec l'art. 8 al. 4 LTrans.

### **E. 5.3.3**

Le Tribunal observe encore que la recourante ne peut utilement se prévaloir du fait que le DFAE et le gouvernement ouzbek aient décidé, de leur propre initiative, de publier de manière active le « Memorandum of Understanding », ainsi que le « Restitution Agreement » en vue d'assurer notamment la transparence du processus de restitution des fonds séquestrés. Cet état de fait, qui résulte en partie d'une volonté politique, ne saurait, à lui seul, conférer un droit de la recourante à obtenir l'accès au « Sharing Agreement » en vertu de la LTrans, qui règle, quant à elle, l'information passive, soit celle qui est délivrée suite à une demande de tiers. En outre, le fait que le Conseil fédéral ait indiqué, dans son Message relatif à la LVP, que la LTrans permettrait en pratique de répondre dans une large mesure à d'éventuelles demandes d'accès à des accords de restitution de valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (cf. Message du 21 mai 2014 relatif à la loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite [Message LVP], FF 2014 5121, p. 5171 et 5186) n'est d'aucun secours à la recourante, notamment dans la mesure où l'accord litigieux, qui n'est au demeurant pas un accord de restitution, ne repose pas sur cette loi, laquelle a avant tout vocation à s'appliquer de manière subsidiaire, notamment en présence de graves dysfonctionnements observés dans l'Etat d'origine qui risquent de conduire à l'échec de l'entraide judiciaire internationale (cf. Message LVP, p. 5156-5158 ; art. 4, 14, 17 ss LVP).

### **E. 5.3.4**

Par conséquent, le Tribunal retient que la demande d'accès complet de la recourante à l'accord de partage pouvait, en tout état de cause, être refusée en référence aux intérêts de la

Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales (cf. art. 7 al. 1 let. d cum art. 8 al. 4 LTrans).

#### **E. 5.4**

Conformément au principe de proportionnalité (cf. supra consid. 3.3), la question se pose encore de savoir si l'accord de partage pourrait tout de même être divulgué en partie, sous une forme caviardée, pour autant que la LTrans soit applicable (cf. consid. 6 ci-après). Cela étant et pour les mêmes raisons que précédemment exposées, le Tribunal considère que, même une publication partielle de l'accord de partage s'avèrerait délicate du point de vue de la politique étrangère. Il faut ici évoquer que la Suisse tire aussi profit de ces accords de partage internationaux, l'OFJ indiquant sur son site internet que la Suisse a touché environ 90 millions de francs dans ce cadre entre 2004 et 2015 (cf.

<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/sharing.html>). Vu l'intérêt primordial à ce que la Suisse puisse continuer, libre de toute pression extérieure, à négocier la conclusion de ce type d'accords, un instrument essentiel à la lutte contre la criminalité transfrontalière auquel les Etats sont encouragés à recourir par les instruments internationaux, une divulgation partielle du « Sharing Agreement » conclu avec l'Ouzbékistan, de surcroît sans l'accord de cet Etat, ne s'impose pas au regard du principe de proportionnalité. Cela d'autant moins que, comme il sera exposé ci-après dans le cadre de l'examen du respect des art. 10 CEDH et 16 Cst. (cf. infra consid. 7), l'intérêt public à la transparence doit être relativisé en l'espèce, notamment dans la mesure où les autorités exécutives ont communiqué ouvertement au sujet de la restitution des fonds à l'Ouzbékistan, singulièrement en publiant le « Memorandum of Understanding » et le « Restitution Agreement » conclus avec ce pays.

#### **E. 6**

Cela étant, les arguments des parties ayant porté principalement sur la question du champ d'application de la LTrans, il convient encore d'exposer, dans les lignes qui suivent, les raisons qui, propres à cette question, conduisent à pouvoir la laisser ouverte.

##### **E. 6.1**

La recourante soutient que l'accord de partage en question ne s'inscrit pas dans une procédure d'entraide internationale mais relève d'une procédure pénale purement interne menée par les autorités suisses sur le territoire helvétique, ce que l'autorité inférieure aurait confirmé en admettant que les avoirs en cause avaient été saisis, puis confisqués sur la base du CP. D'ailleurs, la LVPC, qui ne prévoit aucune exception au principe de transparence, ne donne pas expressément un droit à un Etat étranger de percevoir une partie des valeurs confisquées en Suisse, de sorte que la restitution des avoirs dépend du seul bon vouloir de la Suisse et ne relève pas d'une procédure d'entraide entre Etats. La procédure de partage des avoirs entre la Suisse et l'Ouzbékistan se distinguerait ainsi nettement d'une procédure d'entraide internationale, tout comme elle se détacherait de la procédure pénale qui l'avait précédée et qui avait résulté dans la confiscation des valeurs en cause. Partant, l'accord de partage conclu à l'issue de cette procédure pénale diligentée en Suisse ne saurait être qualifié de document « concernant une procédure d'entraide judiciaire » au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LTrans.

##### **E. 6.2**

L'autorité inférieure argue, quant à elle, qu'une procédure de partage international selon la LVPC entre la Suisse et un Etat étranger fait partie d'une procédure d'entraide judiciaire

internationale au sens de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 3 LTrans, notamment dans la mesure où l'application de cette dernière disposition ne serait pas limitée aux procédures relevant de l'EIMP mais concernerait toutes les procédures d'entraide judiciaire internationale. Surtout, la procédure de partage représenterait la dernière partie de la procédure d'entraide judiciaire en matière pénale. La relation entre ces deux procédures serait d'ailleurs démontrée par l'art. 2 al. 2 LVPC. De fait, un partage international entre la Suisse et un Etat étranger présupposerait une coopération, c'est-à-dire une procédure d'entraide judiciaire ouverte au préalable entre les deux Etats, ce qui a été le cas entre la Suisse et l'Ouzbékistan dans la présente affaire. Toujours selon l'autorité inférieure, le droit de consulter le dossier dans une procédure de sharing, et, en particulier, l'accord de partage en question, relève au contraire de l'EIMP. Or, la recourante n'est pas et n'a jamais été une partie touchée personnellement et directement au sens des art. 80b et 80h let. b EIMP, de sorte qu'elle n'a pas le droit de consulter le dossier, ni, dans le cas présent, le « Sharing Agreement ».

### **E. 6.3.1**

L'art. 3 LTrans définit négativement le champ d'application matériel de la LTrans, soit en excluant certains domaines de l'activité étatique de son champ d'application. Selon l'alinéa premier, la LTrans ne s'applique pas à l'accès aux documents officiels concernant les procédures d'entraide judiciaire et administrative internationale (ch. 3), ce qui vise aussi bien l'entraide judiciaire internationale en matière pénale qu'en matière civile et ce, que la Suisse soit l'Etat requérant ou l'Etat requis (cf. Christa Stamm-Pfister, in: Maurer-Lambrou/Blechta [éd.], Basler Kommentar Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3 éd., 2014 [BSK DSG/BGÖ], ad art. 3 LTrans N 14).

### **E. 6.3.2**

Le but poursuivi par l'art. 3 al. 1 let. a LTrans, disposition qui doit être interprétée de façon restrictive (cf. arrêt du TAF A-1784/2014 du 30 avril 2015 consid. 3.2.1), est avant tout d'éviter une collision de normes. Il est donc impossible de recourir à la loi sur la transparence dans le but d'éluder les règles procédurales spéciales, tels les art. 26 à 28 PA ou l'art. 80b EIMP, concernant l'accès aux documents relevant des procédures topiques en cours. En d'autres termes, l'accès à un document selon la LTrans ne doit pas pouvoir entraver la bonne marche d'une procédure judiciaire (Message LTrans, p. 1832 et 1850 ; cf. arrêt du TAF A-306/2015 du 28 décembre 2015 consid. 4). Cependant, si l'art. 3 al. 1 let. a LTrans devait être interprété de manière si étroite qu'il ne signifie qu'une priorité des droits d'accès prévus par les lois de procédure spécifiques, la disposition serait privée de toute valeur indépendante (cf. Christa Stamm-Pfister, op. cit., ad art. 3 LTrans N 5). Selon le Tribunal fédéral, confirmant la pratique du Préposé fédéral, il faut au contraire distinguer, pour déterminer si un document est exclu du champ d'application matériel de la LTrans, les documents qui sont ordonnés dans le cadre de la procédure judiciaire ou élaborés explicitement en vue de celle-ci - qui font partie du dossier au sens strict - des autres documents, élaborés en dehors d'une procédure judiciaire, tels des moyens de preuve, figurant dans le dossier de procédure au sens large. Seule la première catégorie de documents est soustraite à l'application de la LTrans, tandis que la seconde lui est en principe soumise, du moins lorsque les documents en question ne sont ni directement en relation avec la décision attaquée, ni étroitement liés à l'objet du litige (cf. ATF 147 I 47 consid. 3.4-3.5).

### **E. 6.4**

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

#### **E. 6.4.1**

Contrairement à la thèse soutenue par la recourante, il ressort des pièces au dossier que le MPC a transmis de nombreuses demandes d'entraide judiciaire internationale aux autorités ouzbèkes ayant pour but l'obtention de moyens de preuve dans le cadre de la procédure pénale menée en Suisse, qui a été étendue, le 14 avril 2014, à l'encontre B.\_\_\_\_\_ ([...] de Gulnara Karimova), la personne qui disposait des avoirs faisant l'objet de l'accord de partage litigieux. Les autorités ouzbèkes ont donné suite à la plupart de ces commissions rogatoires et, comme l'explique l'autorité inférieure, les informations recueillies par la voie de l'entraide ont ensuite servi à l'enquête pénale du MPC dirigée contre la personne concernée, qui a donné lieu à l'ordonnance pénale du 22 mai 2018 prononçant la confiscation de 131 millions de dollars. En particulier, il résulte du dossier de la cause que la collaboration internationale des autorités ouzbèkes, notamment l'audition de la personne concernée et la production d'un jugement rendu à son endroit en Ouzbékistan, a contribué à ce que les fonds faisant l'objet du « Sharing Agreement » en question puissent être définitivement confisqués en Suisse. Ainsi, le « Sharing Agreement » dont la recourante demande l'accès s'inscrit dans un partage international actif, au sens de l'art. 11 al. 1 let. a LVPC, et présente un lien direct et intrinsèque avec la participation des autorités ouzbèkes à des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale introduites par la Suisse (au sujet du lien entre la procédure d'entraide internationale en matière pénale et le champ d'application matériel des dispositions du chap. 3 LVPC concernant le partage international, cf. ATAF 2014/47 consid. 5). De fait, une collaboration internationale est nécessaire à la conclusion d'un accord de partage entre Etats (cf. art. 2 al. 2 LVPC ; cf. supra consid. 4.2 et 4.3) et il y a, en l'espèce, tout lieu de considérer que, sans la collaboration étroite des autorités ouzbèkes à la procédure pénale menée par le MPC, les valeurs patrimoniales qui sont l'objet du présent « Sharing Agreement » n'auraient pas pu être définitivement confisquées en vertu du droit pénal suisse, à tout le moins dans les mêmes conditions.

#### **E. 6.4.2**

Comme il ressort de ce qui précède, l'argument de la recourante selon lequel les valeurs patrimoniales en question ont été séquestrées, puis confisquées dans le cadre d'une procédure pénale suisse, sur la base du Code pénal, ne change rien au fait que l'accord de partage international peut être directement mis en relation avec une procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale, dont il est le prolongement. Aussi, comme l'explique l'autorité inférieure, le fait que la procédure de « sharing » ne soit pas, à proprement parler, régie par l'EIMP mais par la LVPC n'enlève rien au constat qu'un accord de partage international avec un Etat étranger présente, d'autant plus dans les circonstances de l'espèce, un lien direct, étroit et concret avec une procédure d'entraide (voir à ce sujet aussi art. 74a al. 7 et 59 al. 8 EIMP).

#### **E. 6.5**

Cela étant, il convient encore de se demander si le lien étroit entretenu par l'accord de partage avec la collaboration judiciaire internationale en matière pénale de l'Ouzbékistan avec la Suisse est suffisant, notamment au regard des principes dégagés par le Tribunal fédéral à l'ATF 147 I 47 (cf. supra consid. 6.3.2 ; pour un exposé de l'affaire : voir arrêt du TAF A-3297/2021 du 20 janvier 2023 consid. 4.4.3), pour écarter l'application de la LTrans au document litigieux (cf. art. 3 al. 1 let. a ch. 3 LTrans). Or, la réponse à cette question ne

s'impose pas d'évidence

### **E. 6.5.1**

D'un côté, la procédure d'entraide judiciaire en matière pénale est une procédure interétatique, ce qui signifie qu'elle doit être considérée dans son ensemble en tant qu'elle met en jeu des relations entre deux Etats. Le partage international des valeurs patrimoniales confisquées constitue une participation au résultat obtenu grâce à la collaboration judiciaire internationale (cf. Message LVPC, p. 435 et 442). Ainsi, la procédure de partage, en ce qu'elle détermine la façon dont les fonds sont finalement répartis entre deux Etats sur la base de leur collaboration, s'inscrit matériellement dans la procédure d'entraide judiciaire en matière pénale.

### **E. 6.5.2**

De l'autre côté, la procédure de sharing intervient, formellement, dans une étape ultérieure à la clôture de la procédure d'entraide judiciaire internationale « classique » (cf. art. 74a et 80d EIMP). Dans ce sens, on peut en particulier relever que l'autorité inférieure indique, dans ses directives, qu'elle n'entre en négociation avec l'Etat étranger en vue de la conclusion d'un accord de partage qu'après l'entrée en force de la décision de remise des biens confisqués en application de l'art. 74a EIMP (cf. Directives de l'OFJ « L'entraide judiciaire internationale en matière pénale » [ci-après : Directive entraide], 9ème édition, 2009, ch. 3.5.5, p. 63 s.). Il appert que la procédure de partage entre Etats, qui ne relève plus de la compétence des autorités de poursuite pénale, est dès lors distincte de la procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale (s'agissant de la procédure pénale : cf. ATF 135 IV 162 consid. 1). En outre, dans la mesure où un accord de partage interétatique n'influe pas sur le sort de la procédure d'entraide judiciaire, laquelle a déjà été clôturée (cf. art. 80d EIMP) lors de l'entame des négociations, a fortiori lors de sa conclusion, les parties à la procédure d'entraide ne devraient pas pouvoir y avoir accès en vertu de leur droit d'être entendu selon l'art. 80b EIMP. En effet, premièrement, le dossier d'entraide ne peut contenir de pièces postérieures à sa clôture et, deuxièmement, l'accord de partage n'est pas décisif pour le sort de la procédure d'entraide et sa consultation n'apparaît pas nécessaire, selon les termes de l'art. 80b EIMP, « à la sauvegarde des intérêts » des ayants-droits, dont les prétentions sur les valeurs à partager ont déjà été définitivement tranchées dans la procédure pénale ou dans la procédure d'entraide judiciaire. La négociation postérieure d'un accord de partage des valeurs patrimoniales confisquées, qui intervient dans une procédure distincte de la procédure d'entraide judiciaire, ne met ainsi aux prises, en tant que parties, que les Etats concernés, à l'exclusion de la personne affectée par la remise des biens (cf. décision du Tribunal pénal fédéral [TPF] RR.2009.330-331 du 20 octobre 2010 consid. 5.2 ; Bottinelli op. cit., N 585 ; cf. Florian Baumann/Cornelia Stengel, in: Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, 2015, N 6 ad art. 15 CBI).

### **E. 6.5.3**

Vu ce qui précède, et en tenant compte de la ratio legis de l'exception au champ d'application matériel de la LTrans consacrée par l'art. 3 al. 1 let. a LTrans - qui est en particulier d'éviter des conflits de normes entre les règles procédurales spéciales concernant l'accès aux documents relevant des procédures en cours et le droit d'accès selon la LTrans (cf. supra consid. 6.3.2) -, le principe de la transparence pourrait devoir s'appliquer à l'accord de partage international litigieux. En effet, les exceptions visées à l'art. 3 al. 1 let. a LTrans sont avant tout conçues pour prioriser l'accès aux documents d'une procédure selon

les règles procédurales y afférentes et l'application de la LTrans ne devrait, en conséquence, être refusée que dans la mesure où des dispositions de procédure spéciales règlent le droit de consulter le dossier (cf. not. ATAF 2016/9 consid. 7.3.4).

### **E. 6.6**

Cela étant, la question de savoir si, au final, la législation sur la transparence est applicable à l'accord litigieux peut souffrir de demeurer ouverte, dès lors que, comme il a été vu (cf. consid. 5 ci-avant), une exception à son application ferait de toute façon obstacle au droit d'accès de la recourante.

### **E. 7**

Finalement, la recourante, s'appuyant en particulier sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) *Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie* (GC) du 28 novembre 2016 (requête n° 18030/11), a également invoqué que le refus de l'autorité inférieure de lui communiquer l'accord de partage conclu avec l'Ouzbékistan violerait l'art. 10 CEDH et l'art. 16 Cst.

#### **E. 7.1.1**

Pour l'essentiel, la recourante soutient que sa demande d'accès s'inscrit dans l'exercice de sa liberté d'information, que l'accord de partage contient des informations présentant un intérêt public prépondérant et qu'en tant qu'ONG dédiée à la protection des droits de l'homme, au renforcement et à la promotion de la société civile en Ouzbékistan, elle joue un rôle de sentinelle particulier et doit pouvoir s'assurer que le « Sharing Agreement » et la clé de répartition des fonds qu'il prévoit sont conformes aux principes énoncés dans le « Memorandum of Understanding ». Le refus d'accès contreviendrait à sa liberté d'expression garantie par l'art. 10 CEDH et l'art. 16 Cst., les conditions de restriction de ce droit fondamental n'étant pas réunies.

#### **E. 7.1.2**

L'autorité inférieure le conteste et fait valoir que l'art. 16 Cst. n'accorde pas de droits plus étendus que la législation sur la transparence, cette dernière devant, en toute hypothèse, être appliquée en vertu de l'art. 190 Cst. En ce qui concerne l'art. 10 CEDH, elle indique que le législateur, en excluant les documents relatifs à une procédure ou à des négociations en cours du droit d'accès, a procédé à une pesée globale des intérêts en présence. Au demeurant, le dossier ne contiendrait pas d'élément commandant une appréciation différente à la lumière de l'art. 10 CEDH. Par conséquent, la décision querellée respecterait pleinement les exigences tant conventionnelles, que constitutionnelles.

#### **E. 7.2.1**

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. Il s'agit là, selon les termes mêmes de la Cour EDH, d'une « condition préalable ». 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. 7.2.2**

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, *Öffentlichkeitsprinzip in der Steuerverwaltung*, in: *Expert Focus* 6-7/2017, p. 24 ss).

### **E. 7.2.3**

La Cour EDH s'est toutefois gardée d'ouvrir un droit d'accès général aux documents en mains d'autorités publiques. Elle a précisé considérer que « l'article 10 CEDH n'accorde pas à l'individu un droit d'accès aux informations détenues par une autorité publique, ni n'oblige l'État à les lui communiquer » (cf. aussi parmi d'autres : arrêts de la Cour EDH *Seks contre Croatie* du 3 février 2022 § 36 [(requête n° 39325/20)] ; *Saure c. Allemagne* du 19 octobre 2021 § 34 [(requête n° 6106/16)] et *Centre for Democracy and the Rule of Law contre Ukraine* du 26 mars 2020 § 47 [(requête n° 75865/11)]. Ce n'est que lorsque l'accès à l'information est déterminant pour l'exercice par l'individu de son droit à la liberté d'expression, en particulier « la liberté de recevoir et de communiquer des informations », et que refuser la divulgation de cette information constitue une ingérence, qu'un tel droit d'accès peut naître, aux conditions précitées (cf. *idem* ; arrêt du TAF A-2352/2017 du 11 décembre 2019 consid. 8.2).

### **E. 7.3**

Comme tout droit fondamental, l'exercice de la liberté d'opinion et d'information (cf. art. 16 Cst.) peut être restreint aux conditions posées par l'art. 36 Cst. La restriction doit reposer sur une base légale, voire une loi au sens formel si la restriction est grave, être justifiée par un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité (cf. ATF 145 II 229 consid. 9 et 140 I 168 consid. 4 ; arrêt du TF 2C\_1088/2018 du 13 mai 2019 consid. 3.2 ; arrêts du TAF

A-4973/2019 précité consid. 4.4.1 et A-6277/2019 du 26 novembre 2020 consid. 9.1). Il n'en va pas différemment en droit conventionnel. En présence d'une ingérence dans la liberté d'expression, le juge doit rechercher si elle est justifiée, c'est-à-dire si elle est prévue par la loi et si elle est nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre un but légitime (cf. art. 10 par. 2 CEDH ; supra consid. 7.2.2).

#### **E. 7.4**

En l'espèce, la recourante n'indiquant pas dans quelle mesure l'art. 16 Cst. conférerait une protection plus étendue en matière de droit d'accès aux documents officiels que la LTrans (voir en toute hypothèse arrêt du TF 1C\_462/2018 consid. 4.1 sur cette question, duquel il ressort que l'art. 16 Cst. ne confère que des garanties minimales qui ne vont pas au-delà de celles consacrées par la LTrans), son grief sera essentiellement examiné à l'aune de la CEDH.

##### **E. 7.4.1**

Au premier chef, l'on ne peut nier que le partage de fonds séquestrés en Suisse avec un Etat étranger puisse constituer un sujet d'intérêt public et que l'accord en question relève du domaine d'activité et d'expertise de la recourante. Cela étant, l'on peut douter que, sans accès au « Sharing Agreement », cette dernière ne serait pas en mesure de contribuer à un éventuel débat public sur cette question sur la base d'informations fiables. Contrairement à ce que la recourante soutient en indiquant qu'il serait crucial qu'elle ait accès à la clé de répartition des fonds convenue en tant qu'elle impacte directement le montant des avoirs restitués à la population ouzbèke dont elle est la représentante, ladite clé de répartition convenue ressort directement de l'accord de restitution publié sur le site du DFAE (cf. [https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg\\_-\\_id-89949.html](https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg_-_id-89949.html), cf. art. 1 par. 2 de l'accord) et lui a, au surplus, été indiqué par le DFAE dans son courriel du 23 février 2021 : « [le traité de sharing...d'octobre 2020] prévoit que la Suisse restituera l'entier de la somme définitivement confisquée (environ USD 131 millions après déduction des amendes et des frais de procédures), selon les modalités qui seront définies dans un traité de restitution ». Par ailleurs, contrairement à l'accord de restitution, librement accessible, l'accord de « Sharing » d'octobre 2020 ne contient pas d'informations susceptibles de concrétiser les principes énoncés dans le « Memorandum of Understanding », tels que l'utilisation et l'affectation des avoirs pour améliorer les conditions de vie de la population ouzbèke, la garantie que les avoirs restitués n'iront pas de nouveau alimenter les circuits illicites et l'instauration de mécanismes de contrôle (monitoring). Au contraire, l'accord de partage, au-delà de faire état du nom de la personne à qui appartient les fonds, des relations bancaires en cause, du principe d'une restitution intégrale des fonds pour l'heure définitivement confisqués et des sommes exactes en question, qui résultent d'ailleurs des arrêts de la Cour des plaintes du TPF datés du 8 mai 2019 (causes BB. 2019. 25 et BB. 2019. 27) suite auxquels l'ordonnance pénale du 22 mai 2018 est entrée en force, prévoit un nombre restreint de clauses, comme une garantie de réciprocité, qui sont le résultat d'une négociation politique, qu'il n'y a pas lieu de divulguer. Avec la publication du « Restitution Agreement », qui détaille les modalités concrètes de la restitution, il appert que la recourante dispose des informations lui permettant de contrôler la mise en oeuvre des principes énumérés dans l'accord-cadre et, par conséquent, de remplir sa mission en faveur des droits fondamentaux de la population ouzbèke. En tout état de cause, la question de savoir si la divulgation de l'accord de partage serait nécessaire aux fins de l'exercice du droit de la recourante à sa liberté d'expression, et, partant, si le premier critère jurisprudentiel

serait réalisé, peut souffrir de rester indéfini.

#### **E. 7.4.2**

En effet, même si l'on devait admettre une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'opinion et d'information de la requérante, les conditions relatives à la restriction de cette liberté fondamentale seraient réalisées en l'espèce.

##### **E. 7.4.2.1**

En premier lieu, force est de constater que le refus d'accès à l'accord de partage litigieux est prévu par la loi, dans la mesure où il se fonde sur une base légale au sens formel, à savoir l'art. 7 al. 1 let. d en relation avec l'art. 8 al. 4 LTrans. La première condition est donc remplie.

##### **E. 7.4.2.2**

Par ailleurs, l'éventuelle restriction apportée à la liberté d'expression de la requérante viserait des buts légitimes, à savoir la protection des intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales, dans la mesure en particulier où la préservation de ses relations avec d'autres Etats et de sa position dans des négociations actuelles et futures est en jeu. Il en va de même de l'intérêt de la réputation et des droits d'autrui, en l'occurrence de la personne à qui appartient les fonds confisqués.

##### **E. 7.4.3**

Enfin, l'ingérence serait proportionnée aux buts légitimes poursuivis et « nécessaire dans une société démocratique ». D'une part, le refus d'accès est apte et nécessaire à atteindre les buts d'intérêts publics visés. En effet, la protection du document concerné est indispensable à la sauvegarde des intérêts mentionnés, en ce sens que si l'accès était accordé ceux-ci seraient gravement affectés. D'autre part, il existe un rapport raisonnable entre les buts poursuivis et les intérêts publics ou privés compromis. Dans le cadre de la pesée des intérêts, il faut relever plusieurs éléments. Premièrement, les intérêts publics en jeu qui justifient le refus d'accès au document en question sont importants. À cet égard, il faut en particulier tenir compte du fait que, comme déjà évoqué, les accords de partage internationaux, dans la mesure où ils sont des accords politiques, renferment des informations délicates et sensibles pour lesquelles l'Etat étranger peut avoir un intérêt au maintien du secret. Aussi, la divulgation du présent accord de partage pourrait être de nature à influencer le déroulement du processus de restitution des fonds séquestrés à la République d'Ouzbékistan, celui-ci n'étant pas achevé. Il existe en outre un intérêt à préserver la marge de négociation de l'OFJ dans le cadre de la conclusion d'éventuels autres accords de partage à venir avec l'Ouzbékistan, d'une part, mais surtout, avec d'autres Etats étrangers, d'autre part. Au demeurant, l'exception à la transparence visée par l'art. 7 al. 1 let. d en relation avec l'art. 8 al. 4 LTrans est interprétée de manière restrictive, dans la mesure où la jurisprudence fédérale exige, pour les situations saisies par l'art. 7 al. 1 let. a à h LTrans, une atteinte sérieuse et importante aux intérêts prédéfinis in abstracto par le législateur (cf. arrêt du TAF A-2352/2017 précité consid. 8.3). Il convient finalement de prendre en considération que le DFAE a communiqué ouvertement au sujet de la restitution des fonds à l'Ouzbékistan. De l'autre côté, l'intérêt de la requérante, s'il n'a pas besoin d'être justifié au titre de la LTrans, et l'intérêt public à la transparence n'apparaissent pas prédominants au regard de l'art. 10 CEDH (cf. supra consid. 7.4.1) et devraient in casu céder le pas face aux intérêts légitimes poursuivis par le refus d'accès.

#### **E. 7.4.4**

Ainsi, dans la mesure où il a été constaté que la divulgation de l'accord de partage international avec l'Ouzbékistan risquerait de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales (cf. supra consid. 5), la recourante ne peut s'appuyer utilement sur l'art. 16 Cst. ou l'art. 10 CEDH pour remettre en cause de constat et exiger un accès au document litigieux (dans ce sens également arrêts du TAF A-2022/2021 du 7 juin 2022 consid. 10.3 et A-2352/2017 précité consid. 8.3 et 8.4).

#### **E. 8**

De l'ensemble des considérants qui précèdent, il suit que l'autorité inférieure n'a pas enfreint le droit en refusant la demande d'accès de la recourante au document litigieux. Par conséquent, le recours doit être rejeté et la décision attaquée est confirmée.

#### **E. 9**

Demeure la question des frais et dépens.

##### **E. 9.1**

Vu l'issue de la procédure, il y a lieu de mettre les frais à la charge de la recourante, conformément à l'art. 63 al. 1 PA en relation avec le règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2). Ceux-ci seront fixés à 1'000 francs et prélevés sur l'avance de frais déjà versée du même montant.

##### **E. 9.2**

La recourante, qui succombe, n'a pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF a contrario). L'autorité inférieure n'y a elle-même pas droit (cf. art. 7 al. 3 FITAF). (le dispositif est porté en page suivante)

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