



Berne, le 21.12.2017

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

**A
(demandeur 1)**

**B
(demandeur 2)**

**C
(demanderesse 3)**

**D
(demandeur 4)**

et

**le Département fédéral de la défense,
de la protection de la population et des sports DDPS**

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

1. Fin 2016, le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (ci-après : DDPS) a annoncé la suspension provisoire du médecin en chef de l'armée¹. En janvier 2017, le chef du DDPS a ordonné l'ouverture d'une enquête administrative, afin de clarifier les reproches formulés à l'encontre du médecin en chef, ainsi que les circonstances de sa suspension provisoire². Le 22 septembre 2017, le DDPS a annoncé dans un communiqué de presse les résultats de l'enquête administrative et la révocation de la suspension du médecin en chef de l'armée au 30 septembre 2017³.
2. Suite à cela, plusieurs personnes – parmi lesquelles les demandeurs (journalistes) – ont, conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans ; RS 152.3), déposé des demandes d'accès auprès du DDPS portant sur le rapport d'enquête administrative. Le demandeur 2 a en outre également requis l'accès au

¹ Communiqué de presse du DDPS du 9 décembre 2016 : Le médecin en chef de l'armée provisoirement suspendu de ses fonctions [consultable sur : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-64913.html> (consulté le 21 décembre 2017)].

² Communiqué de presse du DDPS du 23 janvier 2017 : Administrativuntersuchung im Fall des Oberfeldarztes (uniquement en allemand) [consultable sur : <https://www.vbs.admin.ch/content/vbs-internet/de/home.detail.nsb.html/65356.html> (consulté le 21 décembre 2017)].

³ Communiqué de presse du DDPS du 22 septembre 2017 : Médecin en chef de l'armée : innocence confirmée par l'enquête administrative [consultable sur : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-68207.html> (consulté le 21 décembre 2017)].



document (mandat) par lequel le chef du DDPS a chargé un tiers (avocat) de procéder à l'enquête administrative, ainsi qu'aux: « *Unterlagen, die dem Chef VBS vor der Einreichung der Strafanzeige bei der Bundesanwaltschaft als Dossier vorgelegt wurden* ». Le demandeur 4 a de son côté également requis l'accès à : « *tous les documents pertinents concernant la suspension, puis la réhabilitation* » du médecin en chef de l'armée.

3. Par courrier du 13 octobre 2017, le DDPS a, conformément à l'art. 12 al. 4 LTrans, transmis une prise de position, identique en terme de contenu, à chacun des demandeurs. Le DDPS y déclare à l'heure actuelle ne pas accorder l'accès aux documents en lien avec l'enquête administrative (art. 7 al. 1 let. a et 8 al. 2 LTrans), au motif que la révocation de la suspension du médecin en chef de l'armée a été prononcée en raison des résultats de l'enquête administrative, que certaines mesures prises n'ont pas encore été mises en œuvre et que certains éléments doivent encore être clarifiés. Dans la mesure où des décisions doivent encore être prises, le DDPS souhaite pouvoir prendre celles-ci librement et sans être influencé. Dès que ces décisions auront été prises et exécutées, un éventuel accès aux documents demandés pourra (à nouveau) être examiné, notamment sous l'angle de la protection des données et de la personnalité. Cela implique que les personnes concernées devraient être entendues conformément à l'art. 11 LTrans.
4. Par conséquent, les 4 demandeurs ont, entre le 16 et le 27 octobre 2017, déposé chacun une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé), dont ce dernier a immédiatement accusé réception. Par courrier du 21 novembre 2017, le Préposé a informé les demandeurs que le délai pour mener à terme la procédure de médiation serait prolongé dans une mesure raisonnable conformément à l'art. 12a de l'Ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans ; RS 152.319).
5. Sur demande du Préposé, le DDPS lui a transmis, en date du 7 novembre 2017, une prise de position complémentaire ainsi que les documents visés par la demande d'accès, notamment un exemplaire du rapport d'enquête administrative, désigné comme « Exemplar EDÖB ».
6. Les allégations des demandeurs et du DDPS ainsi que les documents déposés sont pris en compte, dans la mesure où cela s'avère nécessaire, dans les considérants ci-après.

II. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence considère ce qui suit :

A. Considérants formels : Médiation et recommandation selon l'art. 14 LTrans

7. Les demandeurs ont chacun déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès du DDPS, qui a différé l'accès aux documents requis. Etant parties à la procédure préliminaire de demande d'accès, ils sont légitimés à déposer une demande en médiation (art. 13 al. 1 let. a LTrans). Les demandes ont été remises selon la forme prescrite (forme écrite simple) et dans le délai légal (20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité) au Préposé (art. 13 al. 2 LTrans).



8. Les demandes d'accès et les demandes en médiation portent, dans une large mesure, sur les mêmes documents. C'est pourquoi il se justifie, au stade actuel de la procédure, de procéder à une jonction des causes ainsi que de résoudre cette affaire à l'aide d'une seule recommandation écrite. Dans la mesure où les demandes en médiation ont été déposées dans deux langues officielles (allemand et français), la recommandation originale, rédigée en allemand, fait l'objet de la présente traduction. En cas de contradiction ou d'incompréhension, le Préposé rend attentif au fait que la version allemande fait foi.
9. La procédure de médiation peut se dérouler oralement ou par écrit (en présence de tous les intéressés ou de certains d'entre eux), sous l'égide du Préposé. C'est à lui qu'il incombe de fixer les modalités⁴. Si la médiation n'aboutit pas ou si aucune solution consensuelle n'est envisageable, le Préposé est tenu par l'art. 14 LTrans de formuler une recommandation fondée sur son appréciation du cas d'espèce.

B. Considérants matériels

10. Selon l'art. 12 al. 1 OTrans, le Préposé examine la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité⁵.
11. Dans le cadre de l'enquête administrative, l'examen a porté non seulement sur les reproches concrets formulés à l'encontre du médecin en chef de l'armée, mais également sur les circonstances de la suspension provisoire de ce dernier⁶. Le DDPS a différé intégralement l'accès aux résultats de cette enquête (rapport) ainsi qu'aux autres documents requis. Il a justifié son refus par le fait qu'à l'heure actuelle une divulgation de ces documents porterait atteinte au processus de libre formation de son opinion et de sa volonté (art. 7 al. 1 let. a LTrans), mais également au motif que la publication risquerait d'entraver la prise de décisions ultérieures (art. 8 al. 2 LTrans). Suite au rapport d'enquête administrative et en se fondant en particulier sur les recommandations formulées par ce dernier, le chef du DDPS a pris diverses mesures en matière d'organisation et de personnel. Selon lui, si l'accès aux documents demandés était accordé à l'heure actuelle, ces décisions ne pourraient pas être prises librement et sans influence, ni être mises en œuvre conformément à la loi. Ce n'est que lorsque ces décisions auront été prises qu'un éventuel accès aux documents demandés pourra (à nouveau) être examiné, notamment sous l'angle de la protection des données et de la personnalité des personnes concernées.
12. Conformément à l'art. 8 al. 2 LTrans, l'accès aux documents officiels n'est autorisé qu'après la décision politique ou administrative dont ils constituent la base. Le droit d'accès ne sera par conséquent que temporairement refusé, puis rétabli une fois la décision en question prise⁷.
13. Le but de l'art. 8 al. 2 LTrans est de garantir à l'autorité la possibilité de former librement sa volonté, c'est-à-dire de la protéger de la pression extérieure que pourrait causer une divulgation immédiate des documents demandés. A cet égard, il doit exister un rapport relativement étroit entre le document dont l'accès est requis et la décision politique ou administrative pertinente⁸. Pour que le document concerné soit considéré comme constituant la base de la décision à

⁴ Message relatif à la loi fédérale sur la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans) du 12 février 2003, FF 2003 1807 (cité : FF 2003), FF 2003 1865.

⁵ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [édits.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar BGÖ), art. 13, ch. 8.

⁶ Cf. communiqué de presse du 23 janvier 2017 (note de bas de page n° 2).

⁷ MAHON/GONIN, Handkommentar BGÖ, art. 8, ch. 32.

⁸ MAHON/GONIN, Handkommentar BGÖ, art. 8, ch. 26ss.



prendre, il doit se trouver dans un rapport direct et immédiat avec la décision concrète et doit avoir un poids matériel considérable pour la prise de cette dernière⁹. Au surplus, le Préposé exige que la décision à prendre, dont se prévaut l'autorité, et la procédure d'accès aient une certaine connexité temporelle.

14. L'art. 8 al. 2 LTrans se recoupe avec l'exception au droit d'accès prévue à l'art. 7 al. 1 let. a LTrans¹⁰ à laquelle se réfère également le DDPS. Selon ce dernier article, le droit d'accès peut être limité, différé ou refusé, lorsque l'accès à un document officiel est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité qui est soumise à la présente loi, d'un organe législatif ou administrative ou d'une instance judiciaire.
15. Si une limitation du droit d'accès s'avère justifiée, l'autorité doit choisir la variante la moins incisive et qui porte le moins possible atteinte au principe de la transparence, en application du principe de la proportionnalité¹¹. Par conséquent, l'accès ne peut pas être complètement refusé au motif que le document demandé contient des informations non-accessibles car tombant sous le coup des exceptions prévues aux art. 7 à 9 LTrans. Dans ce cas, il convient au contraire de garantir un accès restreint, c'est-à-dire partiel, aux informations du document qu'il ne se justifie pas de garder secrètes¹².
16. Dans la prise de position complémentaire qu'il a transmise au Préposé, le DDPS a présenté les différentes mesures mises en œuvre ou planifiées. En revanche, il n'a pas expliqué si et dans quelle mesure le contenu concret des documents requis par les demandeurs devait être considéré comme étant dans un rapport direct et immédiat avec les décisions devant encore être prises et les mesures n'ayant pas encore été entièrement exécutées. Le DDPS n'a par conséquent pas montré en quoi ces éléments seraient en mesure d'entraver notablement la libre formation de son opinion et de sa volonté.
17. En raison de certaines mesures mentionnées par le DDPS, le Préposé n'exclut pas que certains documents ou passages puissent être importants et essentiels pour la libre formation de son opinion et puissent, par conséquent, être considérés comme suffisamment dignes de protection pour justifier un ajournement du droit d'accès. Il est cependant d'avis que, dans le cas d'espèce, un ajournement du droit d'accès pour l'ensemble des informations contenues dans les documents requis n'est pas compatible avec les conditions prévues aux art. 8 al. 2 et 7 al. 1 let. a LTrans, ni avec le principe de la proportionnalité.
18. Le Préposé tient à rappeler qu'une partie des résultats de l'enquête administrative ainsi que certaines mesures adoptées ont par exemple déjà été communiqués publiquement¹³. De plus, en vertu de la clôture de l'enquête administrative et de la révocation de la suspension du médecin en chef de l'armée, le Préposé estime que le processus de formation de l'opinion, en ce qui concerne les reproches concrets formulés à l'encontre du médecin en chef de l'armée ainsi que l'appréciation de ceux-ci, est achevé. Par conséquent, il estime qu'il n'est en l'espèce pas possible de se fonder sur les art. 8 al. 2 et 7 al. 1 let. a LTrans pour différer ou refuser totalement l'accès aux informations portant sur les reproches examinés ainsi qu'à celles déjà communiquées publiquement. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la menace d'atteinte aux intérêts privés ou publics en cas d'octroi de l'accès ne doit certes pas apparaître comme certaine, mais elle ne doit pas non plus être uniquement imaginable ou possible. De

⁹ Arrêt du TAF A-6291/2013 du 28 octobre 2014, consid. 7.1.3.

¹⁰ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, art. 7, ch. 14.

¹¹ ATF 133 II 209, consid. 2.3.3.

¹² Arrêt du TAF A-6755/2016 du 23 octobre 2017, consid. 6.4.2.

¹³ Cf. communiqué de presse du 22 septembre 2017 (note de bas de page n° 3).



plus, dans la mesure où la menace doit également être sérieuse, une conséquence mineure ou simplement désagréable ne saurait constituer une atteinte¹⁴. En outre, le seuil requis pour reconnaître une atteinte au sens de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans est plus élevé que pour les autres exceptions, car celle-ci doit être notable pour permettre une restriction du droit d'accès¹⁵.

19. Enfin, le Préposé tient à rappeler qu'en cas de soupçons d'abus au sein de l'administration, il existe un intérêt public particulièrement important à la transparence¹⁶. Le fait que ces événements aient fait l'objet d'une intense couverture médiatique et que plusieurs demandes d'accès aient été déposées auprès du DDPS en lien avec cette affaire, témoigne d'ailleurs d'un intérêt particulier du public à être informé. De l'avis du Préposé, un accès aussi rapide que possible aux informations demandées semble donc se justifier, d'autant plus que même les milieux politiques se sont penchés sur les événements entourant la suspension du médecin en chef de l'armée¹⁷.
20. Le Préposé arrive donc à la conclusion que les exceptions des articles 7 al. 1 let. a et 8 al. 2 LTrans, invoquées par le DDPS, ne peuvent tout au plus trouver application qu'à l'égard de certains passages, devant encore être précisés, des documents demandés. A ses yeux, un ajournement général de l'accès semble disproportionné, d'autant que sa durée n'apparaît pas suffisamment prévisible. Le Préposé estime que l'ensemble des documents et en particulier l'intégralité des informations contenues dans ceux-ci ne sont pas dans un rapport direct et immédiat avec les décisions devant encore être prises. C'est pourquoi, aucune atteinte notable à la libre formation de l'opinion et de la volonté n'est à attendre. Par conséquent, le Préposé recommande au DDPS de procéder à un nouvel examen de l'accessibilité des documents requis et, dans ce cadre, de prendre en considération le principe de la proportionnalité dans la mesure nécessaire.
21. Dès lors que l'accès à certains documents ou passages ne peut être différé sur la base des art. 7 al. 1 let. a et 8 al. 2 LTrans, le DDPS vérifie si d'autres exceptions prévues par la loi sur la transparence peuvent s'appliquer. Au regard des données personnelles figurant dans les documents, le DDPS doit également respecter le droit d'être entendu des tiers conformément à l'art. 11 LTrans. Pour des raisons d'économie de procédure, le Préposé encourage toutefois l'autorité à entendre sans délai les tiers, dont des données personnelles figurent dans les documents demandés, même si l'accès à certains passages devait encore être temporairement différé. Après avoir procédé au réexamen de l'accessibilité des documents requis et entendu les tiers concernés, le DDPS informe les demandeurs et les tiers concernés de la mesure dans laquelle l'accès est accordé. Si l'accès à certains documents ou à certains passages devait encore être différé, voire finalement refusé, le DDPS veille à fournir une motivation suffisante.

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

22. Le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports réexamine l'accessibilité des documents demandés conformément aux ch. 20 et 21 de la présente recommandation, et tient compte du principe de la proportionnalité.
23. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, les demandeurs peuvent

¹⁴ Arrêt du TF 1C_428/2016 du 27 septembre 2017, consid. 3.

¹⁵ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, art. 7, ch.15.

¹⁶ Arrêt du TAF A-8073/2015 du 13 juillet 2016, consid. 6.2.3.1.

¹⁷ Communiqué de presse du 25 septembre 2017 des Commissions de gestion de l'Assemblée fédérale [consultable sur : <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-gpk-n-s-2017-09-25a.aspx> (consulté le 21 décembre 2017)],



requérir que le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) s'ils ne sont pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).

24. Le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports rend une décision selon l'art. 5 PA s'il n'est pas d'accord avec la présente recommandation (art. 15 al. 2 LTrans).
25. Le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation ou de la requête de décision (art. 15 al. 3 LTrans).
26. Par analogie à l'art. 22a al. 1 let. c PA, les délais fixés en jours par la loi ou par l'autorité ne courent pas du 18 décembre au 2 janvier inclusivement.
27. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, le nom des demandeurs sont anonymisés (art. 13 al. 3 OTrans).
28. La recommandation est notifiée à :
 - Recommandé (R) avec avis de réception
[Demandeur 1]
(notification avec anonymisation partielle des données personnelles)
 - Recommandé (R) avec avis de réception
[Demandeur 2]
(notification avec anonymisation partielle des données personnelles)
 - Recommandé (R) avec avis de réception
[Demanderesse 3]
(notification avec anonymisation partielle des données personnelles)
 - Recommandé (R) avec avis de réception
[Demandeur 4]
(notification avec anonymisation partielle des données personnelles)
 - Recommandé (R) avec avis de réception
Département fédéral de la défense,
de la protection de la population et des sports
Secrétariat général
3003 Berne

Adrian Lobsiger