

BVGer A-3884/2017 vom 6. September 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-09-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-3884_2017

FR: TAF A-3884/2017 du 6 septembre 2018

IT: TAF A-3884/2017 del 6 settembre 2018

Regeste

Principe de la transparence

Erwägungen

E. 1.1

Dans son arrêt 1C_532/2016 précité consid. 2.3.2, le Tribunal fédéral a estimé que Swissgrid SA rendait des décisions au sens de l'art. 5 PA en matière de RPC et était donc soumis à la LTrans sous l'angle de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans. Il a donc renvoyé la cause au Tribunal de céans, lui enjoignant d'examiner dans le détail la portée du droit d'accès.

E. 1.2.1

La procédure de recours est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (art. 12 PA). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) et motiver leur recours (art. 52 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2 ; ATAF 2012/23 consid. 4).

E. 1.2.2

La recourante peut invoquer devant le Tribunal la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ainsi que l'inopportunité de la décision entreprise, sauf lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 PA). L'autorité de recours n'est pas liée par les motifs invoqués par les parties (art. 62 al. 4 PA), ni par les considérants de la décision attaquée (cf. Moser et al., *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2ème éd., 2013, n° 3.197). Aussi peut-elle admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués.

E. 1.3.1

L'objet du litige est défini par les conclusions du recours, lesquelles doivent rester dans le cadre de l'acte attaqué. Partant, la recourante ne peut que réduire l'objet du litige par rapport à l'objet de la contestation, puisque son élargissement ou sa modification mènerait à une violation de la compétence fonctionnelle de l'autorité supérieure (cf. ATF 136 II 457 consid. 4.2 ; 136 II 165 consid. 5 ; arrêt du TAF A-6810/2015 du 13 septembre 2016 consid. 1.3). Le Tribunal limitera donc son examen à la question de la portée du droit d'accès de la recourante.

E. 1.3.2

Dans ses déterminations du 13 avril 2018, la recourante a restreint sa demande. En effet, elle a requis la production de la liste des bénéficiaires (personnes physiques et morales) ayant reçu une décision positive et à qui des prestations avaient déjà été versées et ceux qui avaient reçu une décision positive mais à qui aucune prestation n'avait pour l'instant été versée. De même, elle a requis les listes complètes du 1er janvier 2008 au 31 décembre 2017 et les listes complètes et nominatives des installations de 30 kW et plus uniquement. Elle a ainsi renoncé à demander l'accès à la liste d'attente des projets ayant uniquement fait l'objet d'une annonce auprès de Swissgrid SA - et donc pour lesquels aucune décision n'a été prononcée - et à l'obtention des données non anonymisées des installations de moins de 30 kW. Dans ses observations finales du 14 août 2018, elle a confirmé cette restriction de sa demande et a ajouté, à titre subsidiaire, que les données de la liste des bénéficiaires qui avaient reçu une décision positive mais à qui aucune prestation n'avait pour l'instant été versée lui soit remise sous forme anonymisée.

E. 1.3.3

Enfin, les griefs de la recourante s'agissant de la longueur de la procédure devant le PFPDT (cf. recours du 1er octobre 2014, let. c p. 5), respectivement le non-respect des délais légaux par ce dernier, pour rendre sa recommandation sont extrinsèques au présent litige. Il sied en effet de rappeler l'acte attaqué (définissant l'objet du recours) a été émis par Swissgrid SA. L'objet du présent recours ne saurait donc porter sur la recommandation du PFPDT, respectivement sur le respect par ce dernier des règles procédurales.

E. 1.3.4

En conséquence, le Tribunal commencera par examiner la demande d'accès aux listes pour les années 2008 à 2017 des bénéficiaires (personnes physiques et morales) ayant reçu une décision positive et à qui des RPC sont déjà versées (cf. consid. 4 infra). Enfin, il se penchera sur la demande d'accès aux données des futurs conditionnels bénéficiaires, soit ceux qui ont reçu une décision positive mais à qui aucune prestation n'a pour l'instant été versée (cf. consid. 5 infra).

E. 2.1

La LTrans n'a pas été significativement modifiée depuis l'introduction de la procédure. Toutefois, la LTrans interagit avec d'autres dispositions légales, en particulier les normes de l'ordonnance sur l'énergie (aOEne, RS 730.01). Cette dernière a été profondément modifiée au 1er janvier 2018, il sied de relever ce qui suit. La décision querellée applique l'ancien droit. Toutefois, dans ses observations du 5 juillet 2018, Pronovo SA se réfère à la nouvelle loi sur l'énergie et son ordonnance entrées en vigueur le 1er janvier 2018.

E. 2.2

Vu les changements législatifs intervenus entre le moment du prononcé de la décision querellée et l'introduction du recours, il sied de déterminer le droit applicable ratione temporis.

E. 2.2.1

En l'absence de dispositions transitoires relatives au droit applicable dans la LEne ou son ordonnance précitée, cette question doit être tranchée en fonction des principes généraux relatifs au droit dans le temps (cf. arrêt du TAF A-6435/2012 du 23 juin 2016 consid. 3.2.1 et réf. cit.).

E. 2.2.2

S'agissant du droit matériel, les dispositions en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être juridiquement apprécié ou qui entraîne des conséquences juridiques sont, en principe, déterminantes (cf. ATF 139 V 338 consid. 6.2 ; 139 II 243 consid. 11.1 ; 137 V 105 consid. 5.3.1).

E. 2.2.3

En l'espèce, la recourante a requis les listes des bénéficiaires des RPC jusqu'au 31 décembre 2017, soit ceux qui ont reçu une décision prononcée sous l'ancien droit. Depuis le 1er janvier 2018, la RPC a été remplacée par le système de rétribution de l'injection (SRI) et la rétribution unique (RU) et Swissgrid SA n'est plus compétente, étant remplacée par une société fille dans ces tâches (cf. art. 63 et 64 de la loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l'énergie [LEne, RS 730.0] et 21 de l'ordonnance du 1er novembre 2017 sur l'encouragement de la production d'électricité issue d'énergies renouvelables [OEneR, RS 730.03]). Dès lors, les documents dont l'accès est requis ont été établis en fonction de l'ancien droit et concernent les avis relatifs aux RPC rendus par Swissgrid SA.

E. 2.3

En conséquence, il sied dans la présente cause d'appliquer le droit qui était en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017, en particulier l'aOEne.

E. 3.1

La LTrans vise à renverser le principe du secret de l'activité de l'administration sous réserve de la transparence (Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt) au profit de celui de transparence sous réserve du secret (Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt ; cf. ATF 142 II 340 consid. 2.2 ; 142 II 324 consid. 3.4) quant à la mission, l'organisation et l'activité du secteur public. Il s'agit en effet de rendre le processus décisionnel de l'administration plus transparent dans le but de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques de même que la confiance des citoyens dans les autorités, tout en améliorant le contrôle de l'administration (cf. ATF 136 II 399 consid. 2.1 ; 133 II 209 consid. 2.3.1 ; Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration [Loi sur la transparence, LTrans], FF 2003 1807, 1819, 1827 ; ci-après : Message LTrans). Conformément à ce but, la loi définit de manière large la notion de documents officiels (art. 5 LTrans), le champ d'application *ratione personae* (art. 2 LTrans) ainsi que les bénéficiaires et les conditions d'exercice du droit d'accès (art. 6 LTrans).

E. 3.2

L'art. 6 al. 1 LTrans garanti que toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités. Ces personnes jouissent d'un droit subjectif et individuel dans le domaine d'application personnel et matériel de la LTrans, à une telle consultation ou obtention de renseignements (cf. ATF 142 II 324 consid. 3.4 ; 133 II 209 consid. 2.1). Elles ne doivent pas se justifier d'un intérêt particulier (cf. Message LTrans, 1819 ch. 1.1.3.2). Les documents officiels sont consultables sur place ou la personne peut en demander une copie (al. 2). L'art. 6 al. 3 LTrans précise que si les documents officiels ont déjà été publiés par la Confédération sur papier ou sous forme électronique, les conditions énoncées aux al. 1 et 2 sont réputées remplies. L'art. 3 al. 2 OTrans dispose que lorsque les documents officiels sont accessibles sur internet ou qu'ils font l'objet d'une publication officielle de la Confédération, l'autorité

peut se limiter à communiquer les références nécessaires pour leur consultation. De même, l'autorité n'est pas tenue de traduire les documents officiels autorisés à être consultés selon la loi sur la transparence (art. 3 al. 3 OTrans).

E. 3.3.1

La LTrans pose une présomption en faveur du libre accès aux documents officiels. Le fardeau de la preuve pour renverser cette présomption incombe à l'autorité, qui doit exposer en quoi respectivement l'une ou plusieurs exceptions prévues par l'art. 7 al. 1 LTrans - donnant la possibilité de limiter, différer ou refuser le droit d'accès - est ou sont réalisées. En raison de la garantie d'accès, l'atteinte menaçant les intérêts respectivement publics ou privés ne doit pas se produire avec certitude, toutefois, l'atteinte ne doit pas être uniquement envisageable ou (vaguement) possible ; en outre elle doit être sérieuse, c'est pourquoi une simple conséquence bénigne ou désagréable ne doit pas être assimilée à une atteinte (cf. ATF 144 II 77 consid. 3 et réf. cit. ; 142 II 324 consid. 3.4 et réf. cit.). Dès lors, une véritable pesée des intérêts ne peut pas être effectuée. Il convient bien plus de partir du principe que le législateur l'a déjà anticipée et qu'il a énuméré de manière exhaustive à l'art. 7 al. 1 LTrans les motifs, pour lesquels le maintien du secret peut primer l'intérêt à la transparence (cf. ATF 144 II 77 consid. 3). Pour limiter, restreindre ou refuser l'accès à des documents officiels, les explications de l'autorité doivent être convaincantes, à savoir être précises et claires, complètes et cohérentes (arrêt du TAF A-6/2015 du 26 juillet 2017 consid. 4.1).

E. 3.3.2

Lorsque des données personnelles sont présentes dans les documents dont l'accès est demandé, le droit d'accès peut également être limité, différé ou refusé au sens de l'art. 7 al. 2 LTrans si dit accès peut porter atteinte à la sphère privée de tiers, à moins qu'un intérêt public à la transparence ne soit exceptionnellement jugé prépondérant. Contrairement à l'art. 7 al. 1 LTrans, la pesée des intérêts au sens de l'art. 7 al. 2 LTrans n'est pas limitée au risque de dommage. Cet article s'interprète en effet en lien avec les art. 9 al. 2 LTrans et 19 al. 1bis LPD et la pesée des intérêts se fait exclusivement entre l'intérêt privé de la personne concernée à la protection de ses données personnelles et l'intérêt public à l'accès (cf. ATF 144 II 77 consid. 5.3 ; arrêts du TF 1C_74/2015 du 2 décembre 2015 consid. 4.1.1 ; Annina Keller / Daniel Kämpfer, *Öffentlichkeitsgesetz: die neuere Rechtsprechung im Lichte des gesetzgeberischen Konzepts und seinen Stolpersteinen*, Revue de droit de la communication 2017 p. 95 ss n° 34 ; Isabelle Hänner, in : Maurer-Lambrou/Blechta [éd.], *Basler Kommentar zum DSG/BGÖ*, 3ème éd. 2014, art. 7 LTrans n°55 p. 774 s [ci-après : BSK DSG/BGÖ]). L'art. 6 al. 1 OTrans précise à ce propos 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. Selon le second alinéa, un intérêt public à la transparence est jugé 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), lorsque le droit d'accès sert à protéger des intérêts publics notamment l'ordre, la sécurité ou la santé publics (let. b), ou lorsque la personne, dont la sphère privée pourrait être atteinte par le droit d'accès à un document officiel, est liée à une autorité soumise à la loi sur la transparence par un rapport de fait ou de droit qui lui procure des avantages importants (let. c).

E. 3.3.3

En raison du principe de la proportionnalité (cf. art. 5 al. 2 Cst.), l'accès ne peut toutefois 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-6475/2017 du 6 août 2018 consid. 3.2.2 ; A-3367/2017 du 3 avril 2018 consid. 3.4).

E. 3.4

Selon l'art. 9 LTrans, les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant qu'ils soient consultés (al. 1) et lorsque la demande d'accès porte sur des documents officiels qui ne peuvent pas être rendus anonymes, l'art. 19 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD, RS 235.1) est applicable, la procédure d'accès étant régie par la LTrans. Lorsque qu'il n'est pas possible d'anonymiser dits documents, il doit être procédé à une pesée complète des intérêts entre l'intérêt public à la divulgation des informations requises et les intérêts s'y opposant, en particulier ceux respectivement de la protection de la sphère privée et de la protection des données des personnes, dont les données sont contenues dans le document et devraient être rendues accessibles (cf. ATF 144 II 77 consid. 3).

E. 3.5

En adoptant les art. 7 al. 2 et 9 al. 2 LTrans, le législateur a simultanément introduit deux dispositions dans la LPD, l'art. 19 al. 1bis coordonnant la transparence et la communication de données personnelles et l'art. 19 al. 3bis pour autoriser les autorités fédérales à publier des informations contenant des données personnelles dans certains cas exceptionnels (cf. Message LTrans, ch. 2.5.2.1 p. 1873).

E. 3.5.1

Ainsi, l'art. 19 al. 1bis LPD dispose que les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles dans le cadre de l'information officielle du public, d'office ou en vertu de LTrans aux conditions que les données concernées sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques (let. a) et que la communication répond à un intérêt public prépondérant (let. b).

E. 3.5.2

Au sens de l'art. 19 al. 3bis LPD, les organes fédéraux peuvent rendre accessibles des données personnelles à tout un chacun au moyen de services d'information et de communication automatisés, lorsqu'une base juridique prévoit la publication de ces données ou lorsque ces organes rendent des informations accessibles au public sur la base de l'al. 1bis. Lorsqu'il n'existe plus d'intérêt public à rendre accessibles ces données, elles doivent être retirées du service d'information et de communication automatisé.

E. 4

Dans un premier temps, la demande d'accès aux listes pour les années 2008 à 2017 des bénéficiaires (personnes physiques et morales) ayant reçu une décision positive et à qui des RPC sont déjà versées sera traitée.

E. 4.1

Il sied d'ores-et-déjà de constater qu'il n'est pas contesté que les listes de bénéficiaires de la RPC constituent des documents officiels.

E. 4.2.1

L'Office fédéral de l'Energie OFEN publie chaque année depuis 2011 sur son site internet la liste des bénéficiaires de la RPC sous forme de tableaux (accessibles sous : www.ofen.admin.ch Mesures d'encouragement Rétribution de l'injection Rapports). Ces listes, intitulées "Liste aller KEV-Bezüger im Jahr ...", soit la "liste de tous les bénéficiaires de la RPC au cours de l'année ...", recensent les données relatives aux titulaires d'installation de production entrée en service pour lesquelles dits titulaires perçoivent la RPC. Ces listes contiennent notamment le nom du producteur (personnes physiques et morales), l'agent énergétique (force hydraulique, photovoltaïque, biomasse, éolien, etc.) de l'installation (Anlage_Energieträger), le type d'installation (Anlagentyp), la puissance en kW (Leistung [kW]), la production en kWh (Produktion [kWh]), la rétribution annuelle en francs suisses (Vergütung [CHF]), la date d'annonce (Anmeldedatum), la date de mise en service de l'installation (Anlage_Inbetriebnahme), la fin du contrat pour l'installation (Anlage_Vertragsende), la rue, le code postal et le canton de l'installation (Anlage_Strasse, PLZ, Ort, Kanton). Cette publication répond à l'obligation impartie à l'autorité fédérale par l'art. 3r al. 4 aOENE. De même cette publication anonymisant les données relatives aux installations d'une puissance inférieure à 30 kW est conforme à l'art. 3r al. 5 aOENE, à tout le moins pour les listes 2016 et 2017, cette disposition étant entrée en vigueur le 1er janvier 2016.

E. 4.2.2

S'agissant de la période du 1er janvier 2011 au 31 décembre 2017, le délégataire peut ainsi se contenter de renvoyer la recourante sur l'adresse internet de l'OFEN en vertu de l'art. 6 al. 3 LTrans.

E. 4.2.3

Il sied toutefois d'inviter le délégataire à communiquer les données complètes, s'agissant des quelques installations de 30 kW qui sont anonymisées dans les listes 2015, 2016 et 2017 de l'OFEN, à la recourante. En effet, il n'appert aucune motivation au dossier pour refuser un accès à ces quelques données. Or, il appartenait au délégataire de prouver qu'un motif d'exception à l'octroi d'accès aux données était réalisé et non pas à la recourante de démontrer qu'elle avait un intérêt à l'octroi de ces données. De plus, le Conseil fédéral ayant considéré que ces données pouvaient être publiées sur internet de manière non anonymisée, il a procédé à une pondération anticipée des intérêts privés (protection des données des bénéficiaires) et publics (principe de la transparence). S'agissant de la communication à la recourante, il n'y a pas lieu de se montrer plus restrictifs que ce qui prévaut en matière de publication sur internet où les risques de dommages à la personnalité sont beaucoup plus élevés. D'autre part, les données publiées par l'OFEN n'entrant pas dans l'objet du litige, le Tribunal de céans ne saurait contraindre dite autorité à publier ses informations de manière non-anonymisée sur internet, comme elle en a toutefois l'obligation selon l'art. 3r al. 5 aOENE (respectivement l'art. 98 al. 1 et 2 OENR depuis le 1er janvier 2018). Il y a donc lieu d'admettre les conclusions de la recourante sur ce point.

E. 4.3

Les listes pour les années 2008 à 2010 ne sont pas publiées sur le site internet de l'OFEN, il ne saurait donc être fait application de l'art. 6 al. 3 LTrans.

E. 4.3.1

Dans ses observations du 13 avril 2018 et du 14 août 2018, la recourante requiert la production des listes complètes pour les années 2008 à 2010 mais a renoncé à l'octroi des données non-anonymisées des installations de moins de 30 kW (cf. consid. 1.3.2 supra).

E. 4.3.2

S'agissant des données pour les années 2008 à 2010, le délégataire ne fait valoir aucun motif d'exception à la communication de ces données au sens de l'art. 7 LTrans. En particulier, le fait que la recourante n'ait pas pour but idéal de contrôler le fonctionnement de Swissgrid SA, respectivement Pronovo SA, n'est pas relevant. En effet, en matière de transparence, la personne qui demande à accéder à des documents officiels n'a pas besoin de faire valoir d'intérêt particulier pour les obtenir (cf. consid. 3.2 supra) et la LTrans vise à permettre à tout citoyen de contrôler le mode de fonctionnement du secteur public. De plus, selon l'arrêt du TF 1C_532/2016 précité consid. 2.3.2, lorsqu'un organisme externe à l'administration fédérale rend des décisions au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans et que les documents requis se rapportent précisément à cette compétence, ils sont en principe soumis à la LTrans. Dès lors que le délégataire ne démontre pas qu'un motif d'exception à la transmission de ces données serait réalisé, il y a lieu d'admettre cette conclusion de la recourante.

E. 4.3.3

S'agissant des données des installations de 30 kW et plus, celles-ci devront être communiquées de manière non anonymisées conformément à l'art. 7 al. 2 LTrans. En effet, les listes sont cumulatives. Elles recensent ainsi tous les bénéficiaires de la RPC au cours de l'année concernée et non pas uniquement les nouveaux bénéficiaires de la RPC. De la sorte, ces données devraient déjà avoir été publiées sans caviardage dans les listes 2011 à 2017, sous réserve que leur contrat soit suffisamment long (par exemple dans la liste 2014 l'installation "TWKW Nessel" bénéficiait d'un contrat de 16 mois ; une telle installation dans la liste 2008 n'apparaîtrait bien entendu pas dans la liste 2011 déjà publiée). Leur anonymisation ne revêt en conséquence qu'un intérêt privé ténu. Ainsi que l'a relevé le PFPDT, les installations de 30 kW et plus perçoivent des montants au titre de la RPC qui s'élèvent de plusieurs milliers de francs à plusieurs millions de francs. Or, ces montants distribués sont prélevés sous forme de suppléments payés par les consommateurs finaux sur leur facture d'électricité et il relève d'un intérêt public prépondérant de savoir comment cet argent est utilisé et redistribué. D'autre part, comme déjà mentionné (cf. consid. 4.2.3 supra), le droit actuel prévoit la publication sur internet des données non-anonymisées concernant les installations de 30 kW et plus et il n'y a donc pas lieu d'être plus restrictif dans la communication des données à la recourante que le législateur en matière de publication sur internet. Enfin, les données relatives aux installations de moins de 30 kW devront être remises de manière anonymisée, dans la mesure où la recourante ne demande plus un accès aux données non anonymisées.

E. 4.4

Au vu de ce qui précède, le recours est admis dans la mesure où il porte sur la production des listes 2008 à 2010 qui n'ont pas été publiées sur le site internet de l'OFEN. Ces listes devront être communiquées à la recourante et seules les données des installations de moins de 30 kW devront être anonymisées.

E. 5

Dans un second temps, il sied de traiter la demande d'accès en tant qu'elle concerne les bénéficiaires qui ont reçu une décision positive mais à qui aucune prestation n'a pour l'instant été versée, soit les futurs conditionnels bénéficiaires. Ces données ne sont en effet pas publiées et il ne saurait être fait application de l'art. 6 al. 3 LTrans.

E. 5.1

Dans le cadre de l'examen de la question de savoir si le délégataire était soumis à la LTrans ou pas, le Tribunal fédéral a déclaré que "les documents requis (liste des bénéficiaires et des requêtes sur listes d'attente) se rapportent précisément à cette compétence [de rendre des décisions], de sorte qu'ils sont en principe soumis à la LTrans" (cf. arrêt du TF 1C_532/2016 consid. 2.3.2). Le dispositif de dit arrêt renvoyant aux considérants, ceux-ci sont entrés en force. Dès lors, bien que la cause ait été renvoyée au Tribunal de céans pour examiner "dans le détail la portée du droit d'accès" (cf. arrêt du TF 1C_532/2016 consid. 2.4), force est de constater que cet examen matériel a de facto été limité à la question de savoir si un motif d'exception - limitant, différant ou fondant un refus d'accès - au principe de la transparence (art. 7 LTrans) ou un motif de protection des données (art. 7 al. 2 LTrans, 9 LTrans, 19 LPD) serait réalisé.

E. 5.2.1

Dans ses écritures des 14 avril 2015, 20 juillet 2015 et 5 juillet 2018, le délégataire a en substance considéré que la mise sur liste d'attente d'un projet résultait uniquement d'un examen préalable, lequel n'avait aucun effet préjudiciel sur les procédures d'autorisation de construire ou d'octroi des concessions nécessaires. Le projet ne pouvait dès lors pas être considéré comme étant accepté puisqu'il devait encore être réalisé et le montant de la RPC déterminé. Comme le projet sur liste d'attente n'était pas au bénéfice d'une rémunération, une communication de ces données à la recourante ne répondait pas à un intérêt public. Les informations détaillées (emplacement de l'installation, puissance et place sur la liste d'attente) n'étaient communiquées qu'aux requérants et cantons concernés pour des raisons de protection des données en application de l'art. 3s al. 2 aOEne, ce qui correspondait également à la logique de l'art. 3r aOEne qui régissait la publication des données. Cette restriction devait empêcher que des projets de construction ne soient rendus publics trop tôt et éviter que les stratégies en matière de construction des sociétés d'investissement ne soient visibles à la concurrence. Le délégataire a également estimé que le principe de la transparence poursuivait le but d'informer les consommateurs finaux sur l'emploi des suppléments réseau qu'ils payent. Eu égard au but idéal de la recourante, le délégataire a émis le doute que l'intérêt poursuivi par la recourante était réellement la défense des consommateurs, estimant que sa demande d'accès visait plutôt à obtenir en avance les données sur les projets éoliens et ainsi pouvoir intervenir dans les procédures d'autorisation. Enfin, selon la société, il appartenait aux autorités de surveillance de contrôler son fonctionnement et non pas à une association de droit privé. En tout état de cause, ceci ne justifiait pas la remise des listes nominatives à la recourante. Il ressort de l'argumentaire qui précède que le délégataire ne définit pas précisément quel(s) motif(s) d'exception serai(en)t à son sens réalisé(s).

E. 5.2.2

Dans son recours du 1er octobre 2014 et ses observations des 9 juin 2015, 13 avril 2018 et du 14 août 2018, en substance également, la recourante a considéré avoir un droit d'accès à la liste d'attente, sans avoir à justifier la raison de sa demande, et qu'il existait un intérêt

public prépondérant à la communication de ces données primant sur la protection de la sphère privée des bénéficiaires. Selon elle, les projets étaient sur liste d'attente parce que le plafond de la RPC était atteint et qu'il n'y avait plus d'argent disponible. Rien ne justifiait à ses yeux un traitement différent entre les projets percevant la RPC et ceux en attente de la percevoir. Comme le projet devait être réalisé dans un délai fixé par l'aOEne suite à la décision positive du délégataire, elle a estimé qu'il lui appartenait de contrôler que cette disposition légale était bien appliquée, ce d'autant plus que la liste d'attente était parasitée par des projets mal conçus qui ne visaient qu'à garantir un rang dans la liste d'attente.

E. 5.3

Selon le délégataire, des secrets d'affaire, en particulier des stratégies d'investissement, seraient menacés si les données étaient communiquées à la recourante. Cette appréciation n'est guère motivée, à tout le moins pas du tout démontrée. A défaut de preuves ou d'exemples concrets, le Tribunal ne saurait considérer que l'exception de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans, dans la mesure où le délégataire l'aurait invoqué, est réalisée. Il sied de rappeler que c'est au délégataire, dans la mesure où dite société refuse l'accès à des données, qu'il appartient de renverser le fardeau de la preuve (cf. consid. 3.3.1 supra). Toutefois, ceci ne préjuge en rien qu'un tel argument puisse être pris en considération dans une pesée des intérêts.

E. 5.4

La liste des décisions positives en attente de versement de la RPC - appelée liste d'attente par la recourante bien que l'aOEne ne désigne comme liste d'attente que les demandes qui n'ont pas encore reçu de décision positive - contient des données personnelles, qui ne sont pas sensibles au sens de l'art. 3 let. c LPD. Dès lors, il sied d'examiner si les données peuvent, cas échéant sous quelle forme, être communiquées à la recourante conformément aux art. 7 al. 2 LTrans, 9 LTrans, 6 OTrans et 19 LPD. Il doit être précisé qu'une application de l'art. 9 LTrans n'entre en considération que s'agissant de la nouvelle conclusion subsidiaire de la recourante (cf. consid. 1.3.2 supra), à savoir accéder aux données anonymisées. En effet, sa conclusion principale étant d'obtenir un accès complet à la liste des décisions positives excluait, comme relevé par le PFPDT dans sa recommandation du 9 juillet 2014, l'application de cet article puisque l'anonymisation n'était pas possible.

E. 5.4.1

Les personnes au seul bénéfice d'une décision positive ne peuvent pas encore formellement se prévaloir d'un droit à percevoir la RPC puisqu'elles doivent encore construire l'installation de production au terme d'une procédure - communale, cantonale ou fédérale selon le type d'installation et sur laquelle la décision positive n'a aucune influence (cf. art. 3g al. 3 aOEne) - pour y prétendre. Or, il appartient aux autorités communales, cantonales ou fédérales de mener ces procédures et de vérifier dans ce cadre-là si l'installation projetée remplit les critères légaux pour être autorisée. De même, après obtention de l'autorisation et la construction, l'installation doit encore être mise en service. La réalisation et la mise en service doivent intervenir dans des délais légaux (cf. art. 3h al. 1 et 2 aOEne et les appendices 1.1 à 1.5 aOEne). Si ces délais ne sont pas respectés ou si l'installation ne correspond pas à ce qui avait été annoncé, la décision positive peut être révoquée (cf. art. 3h bis al. 1 et 3 aOEne) et ce avant même que le requérant ait perçu un seul centime de la RPC. Ainsi, la perception de la RPC par le futur bénéficiaire est conditionnée par son propre comportement et par des décisions d'autorités, au sens formel, indépendantes du

champ de compétence du délégataire et appliquant des bases légales totalement différentes et n'entrant pas en considération lors de l'examen par le délégataire lorsque dite société statue sur la demande de RPC. Enfin, le montant de la rétribution est n'annoncé que lorsque l'installation est mise en service (cf. art. 3h al. 3 aOEne). Eu égard à la réserve conditionnelle, de la nature encore non-exécutable de la décision positive, respectivement de l'issue incertaine des procédures d'autorisation, il y a lieu de reconnaître un intérêt privé, soit la protection de la sphère privée, plus élevé aux personnes titulaires d'une décision positive mais qui ne perçoivent encore pas la RPC qu'aux personnes titulaires d'une décision positive qui perçoivent déjà la RPC.

E. 5.4.2

S'agissant de l'intérêt public à la transparence, celui-ci consiste avant tout dans le fait de permettre le contrôle du fonctionnement de cette institution et de savoir comment la manne financière, constituée par les suppléments payés par les consommateurs finaux sur leur facture d'électricité, est redistribuée - respectivement la distribution est planifiée - par le délégataire. Comme précité, les données auxquelles la recourante demande accès relèvent de la planification budgétaire de la distribution de la RPC et non pas des versements effectifs d'argent, qui eux font déjà l'objet d'une publication de par la loi. Cette planification budgétaire est de la compétence du délégataire - bien que l'OFEN garde des compétences exclusives en la matière (cf. art. 3g al. 4 et 3gbis al. 3 aOEne) - et les données y relatives relèvent de l'accomplissement de tâches publiques. Toutefois, si l'intérêt public au contrôle du fonctionnement du délégataire est le même que dans le cadre des bénéficiaires percevant la RPC, il est plus faible s'agissant de la distribution de l'argent, dans la mesure où elle n'est encore qu'hypothétique.

E. 5.4.3

Dès lors, il peut être constaté qu'il existe un rapport de droit ou de fait fondé sur la décision positive qui pourrait à l'avenir procurer un avantage important aux futurs conditionnels bénéficiaires. Eu égard à cette situation spécifique, il n'y a pas lieu de considérer que les personnes titulaires uniquement d'une décision positive bénéficient d'avantages importants justifiant la reconnaissance d'un intérêt public prépondérant à la transparence par rapport à la protection de leur sphère privée. De plus, il est difficilement défendable que l'intérêt public à la transparence justifie que des tiers obtiennent des informations avant les personnes directement concernées, celle-ci n'apprenant leur taux de rétribution que lors de la mise en service.

E. 5.4.4

En conséquence, l'accès à la transparence, fondé sur l'art. 7 al. 2 LTrans et 6 OTrans, doit être refusé en ce qui concerne l'accès à toutes les données des futurs conditionnels bénéficiaires et le recours rejeté sur ce point. Enfin, il sied de constater que l'accès à ces données est, de par la loi, uniquement différé dans la mesure où dès que la décision positive devient exécutable, les données seront publiées.

E. 5.5

Toutefois, comme mentionné ci-dessus, un simple refus d'accès fondé sur l'art. 7 LTrans sans analyse du principe de la proportionnalité ne saurait satisfaire à la jurisprudence (notamment l'ATF 142 II 324 consid. 3.3 ; cf. consid. 3.3.3 supra).

E. 5.5.1

Le refus d'accès aux données est apte à protéger la sphère privée des personnes au seul bénéfice d'une décision positive. La condition de la nécessité n'est par contre pas réalisée. En effet, dans la jurisprudence précitée, le Tribunal fédéral invite justement à examiner si une mesure moins incisive au refus d'accès serait envisageable, à savoir octroyer un accès restreint aux données, à savoir par l'anonymisation, le caviardage, ou l'ajournement. La restriction de cet accès doit s'examiner à l'aune d'une pesée des intérêts en présence.

E. 5.5.2.1

L'intérêt public à la transparence a déjà été présenté dans les considérants qui précèdent (cf. consid. 3 supra). S'agissant de l'ajournement, eu égard à la durée des procédures d'autorisation, de mise en service, etc., des années pourraient s'écouler avant que ces données ne soient accessibles. Dès lors, le contrôle du fonctionnement du délégataire et de la répartition de l'argent au titre de la RPC pourrait perdre de son actualité et la LTrans ne plus pouvoir remplir son but initial. Il sied toutefois de relever que ceci n'est valable que lorsque les installations ne sont pas encore construites. En effet, pour ce qui est des installations qui sont déjà construites lorsque la décision positive est prononcée, les données seront rapidement publiées sur le site de l'OFEN. Quant à l'anonymisation des données, l'intérêt public doit s'examiner selon les données personnelles concernées. A cet égard, pour contrôler le fonctionnement de l'institution, en particulier le respect des délais comme allégué par la recourante, seules les dates d'annonce du projet, d'annonce d'avancement du projet, dans une moindre mesure la date d'entrée en service (puisque la mise en service entraîne le versement la RPC et la publication des données), l'agent énergétique (puisque les délais en sont dépendants) de l'installation, le type d'installation, la puissance en kW, la production en kWh et la fin du contrat pour l'installation suffisent. A cela, s'ajoute encore le montant budgétisé pour l'installation, dans la mesure où les limites budgétaires doivent également pouvoir être respectées. Enfin, il y a lieu de prendre en considération l'art. 3s aOEne, lequel prévoit des restrictions au principe de la transparence et impartit aux autorités cantonales et communales un traitement confidentiel des données des installations sises sur leur territoire respectif. De la sorte, le législateur a expressément limité l'intérêt public à l'accès à ces données avant la publication prévue à l'art. 3r al. 3 à 5 aOEne. Enfin, le respect des conditions légales régissant les constructions ne tombe pas dans cet examen, des procédures spécifiques (de droit cantonal ou fédéral, mais sans que Swissgrid n'ait une quelconque influence dessus), soit les procédures d'autorisation de construire ou d'approbation des plans, visent justement à protéger cet intérêt, notamment par l'entremise des mises à l'enquête.

E. 5.5.2.2

Concernant l'intérêt privé des futurs conditionnels bénéficiaires, il consiste avant tout à ce que leurs données personnelles ne soient pas diffusées auprès de tiers. Certes, il y a lieu de distinguer la publication sur internet et la communication à la recourante. Cela étant, une fois les données transmises, il n'existe aucune garantie quant à leur utilisation et leur diffusion auprès d'autres tiers, notamment les organes et membres de la recourante.

E. 5.5.3.1

Comme déjà mentionné, le législateur a déjà prévu l'ajournement dans la mesure où les données objet de la demande d'accès font l'objet d'une publication une fois que la RPC est versée. A cet égard, l'intérêt privé est préservé, respectivement son atteinte prévue par une base légale. Concernant l'anonymisation, le législateur a décidé que, une fois la RPC versée,

les données relatives aux installations de moins de 30 kW sont publiées de manière anonymisée et celles concernant les installations de 30 kW et plus sont complètement publiées. Ainsi, le législateur a déjà procédé à une pesée des intérêts en présence et estimé que l'intérêt privé des bénéficiaires pour les installations de moins de 30 kW primait sur l'intérêt public.

E. 5.5.3.2

A cet égard, il ne serait pas acceptable que les personnes au seul bénéfice d'une décision positive et ne percevant encore rien soient moins protégées dans leur sphère privée que les personnes percevant effectivement la RPC, à tout le moins tant que leur installation n'est pas entrée en service et le montant de la rétribution ne leur a pas été communiqué. De plus, ces données personnelles ne feront peut-être jamais l'objet d'une publication, si la décision positive est révoquée ou que le requérant retire sa demande avant de percevoir la RPC. L'intérêt privé à la protection de la sphère privée des futurs conditionnels bénéficiaires ne saurait être plus faible que celui des personnes percevant la RPC. Au contraire, leur intérêt privé est plus élevé dans la mesure où, quelque soit leur installation, ils ne perçoivent encore rien et, dans le cas où le projet est retiré ou la décision révoquée, le montant budgétisé est attribué à une personne sur liste d'attente et leur données ne feront jamais l'objet d'une publication.

E. 5.5.3.3

Ainsi, les données personnelles telles que nom, prénom, raison sociale, adresse, localité, canton, numéro de téléphone, adresse de courriel des futurs conditionnels bénéficiaires ne sont pas nécessaires pour s'assurer du fonctionnement de l'institution et l'intérêt privé à leur protection doit primer jusqu'à ce que les données fassent l'objet d'une publication. Par contre, s'agissant des dates d'annonce du projet, d'annonce d'avancement du projet et d'entrée en service, l'agent énergétique (puisque les délais en sont dépendants) de l'installation, le type d'installation, la puissance en kW, la production en kWh, la fin du contrat pour l'installation et le montant budgétisé pour l'installation, l'intérêt public à la transparence prime sur la protection de la sphère privée.

E. 5.6

En conséquence, le recours est admis sur ce point et il y a lieu d'inviter Swissgrid SA à communiquer les données relatives aux décisions positives, pour lesquelles la RPC n'est pas encore versée, à la recourante. Ces données ne devront inclure que les dates d'annonce du projet, d'annonce d'avancement du projet et d'entrée en service, l'agent énergétique de l'installation, le type d'installation, la puissance en kW, la production en kWh, la fin du contrat pour l'installation et le montant budgétisé pour l'installation. Les autres données devront être anonymisées, mais la précision quant à la nature du futur conditionnel bénéficiaire (personne physique ou personne morale) devra être faite.

E. 5.7

Au vu de ce qui précède, il peut être renoncé à examiner la cause sous angle des articles 9 LTrans et 19 LPD.

E. 6.1

Le recours est partiellement admis au sens des considérants et rejeté pour le surplus.

E. 6.2

Obtenant gain de cause sur la presque totalité de ses conclusions prises dans ses observations finales, la recourante n'a pas à supporter de frais de procédure (art. 63 al. 1 a contrario et al. 3 PA). L'avance de frais de 1'500 francs versée le 9 octobre 2014 sera en conséquence restituée dès l'entrée en force du présent arrêt. Aucun frais n'est mis à la charge de l'autorité inférieure déboutée (art. 63 al. 2 PA).

E. 6.3

En outre, la recourante a droit à des dépens (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 de la recourante a requis l'allocation en faveur de cette dernière 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 du cas, de l'importance de l'affaire, du degré de difficulté de cette dernière et de l'ampleur du travail accompli par le mandataire de la recourante, le Tribunal estime, au regard des art. 8 FITAF et ss, que le versement d'un montant global de 2'400 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.

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