

BVGer A-5662/2014 vom 11. Oktober 2016

Bundesverwaltungsgericht, 2016-10-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5662_2014

FR: TAF A-5662/2014 du 11 octobre 2016

IT: TAF A-5662/2014 del 11 ottobre 2016

Regeste

Principe de la transparence

Erwägungen

E. 1.1

La procédure de recours est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (art. 7 PA), ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis. Sous réserve de l'exception prévue à l'art. 32 LTAF, le Tribunal est compétent, en vertu de l'art. 31 LTAF, pour connaître des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités fédérales. L'art. 33 LTAF dresse une liste des autorités précédant le Tribunal administratif fédéral, laquelle correspond à la liste des autorités énumérées à l'art. 1 al. 2 PA.

E. 1.2

Il sied dès lors d'examiner si Swissgrid SA est, au sens de l'art. 33 let. h LTAF respectivement de l'art. 1 al. 2 let. e PA, une autre autorité ou organisation indépendante de l'administration fédérale statuant dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération. Ensuite, il sera examiné si Swissgrid SA est soumise à la loi sur la transparence.

E. 2.1

Comme énoncé, il s'agit dans un premier temps d'examiner si le législateur, en libéralisant le marché de l'électricité et créant à cette fin une société nationale du réseau de transport (Swissgrid SA) chargée d'assurer l'approvisionnement électrique de la Suisse, a voulu que cette société soit au bénéfice d'un pouvoir décisionnel fondant un statut d'autorité fédérale.

E. 2.1.1

Aux termes de l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101], toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels. Cette disposition étend donc le contrôle judiciaire en principe à toutes les contestations juridiques. Il s'agit en particulier de contestations portant sur les droits et les obligations de personnes (physiques ou morales). La garantie ne s'oppose cependant pas aux conditions de recevabilité habituelles du recours ou de l'action (cf. ATF 136 I 323 consid. 4.3). En d'autres termes, sans mise en oeuvre légale, il ne saurait être question de créer directement de la base constitutionnelle une compétence de recours devant le Tribunal contre un acte émanant d'une entité qui ne serait pas une autorité précédente au

sens des art. 33 let. h LTAF et 1 al. 2 PA.

E. 2.1.2

L'art. 178 al. 3 Cst. prévoit que la loi peut confier des tâches de l'administration à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale. Pour déléguer des tâches à un organisme extérieur à l'administration fédérale, le législateur a plusieurs possibilités à disposition, dont la concession. Une concession est un acte juridique par lequel une collectivité publique (concedante) attribue à un tiers (concessionnaire) le droit d'exercer, de manière indépendante mais contrôlée, une certaine activité économique ou lucrative que l'ordre juridique place directement ou indirectement sous son monopole (cf. Dubey / Zufferey, Droit administratif général, Bâle 2014, ch. 1410 p. 499).

E. 2.1.3

L'art. 178 al. 3 Cst. est entre autres concrétisé sur le plan fédéral par l'art. 2 al. 4 de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010 ; cf. ATF 136 II 399 consid. 2.2) et, s'agissant de la notion d'autorité administrative fédérale, par l'art. 1 al. 2 let. e PA.

E. 2.1.4

Il sied d'examiner la portée de l'art. 1 al. 2 let. e PA, lequel est étroitement lié aux notions de l'art. 5 PA.

E. 2.1.4.1

Sont des décisions les actes de l'autorité qui règlent de manière unilatérale et contraignante un rapport juridique dans un cas particulier (cf. ATF 135 II 30 consid. 1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral [TF] 2C_777/2009 du 21 avril 2010 consid. 2.2). Dès lors que les décisions administratives sont rendues dans l'exercice de la puissance publique et ont un caractère exécutoire, l'existence d'une compétence décisionnelle ne peut être admise sans autre, mais doit reposer sur une base légale suffisante (cf. arrêt du TF 2C_715/2008 du 15 avril 2009 consid. 3.2). Autrement dit, "le concessionnaire n'a pas la compétence d'accomplir des actes de puissance publique du seul fait qu'il exerce une activité faisant l'objet d'un monopole public - ou même une activité de service public [...]. Encore faut-il en effet que la concession lui délègue une telle compétence, conformément à la loi qui la régit [...]" (cf. Dubey / Zufferey, op. cit., ch. 1442 p. 508).

E. 2.1.4.2

La délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration peut également comprendre implicitement le pouvoir décisionnel nécessaire à l'accomplissement desdites tâches (cf. arrêt du TF 2C_715/2008 du 15 avril 2009 consid. 3.2), pour autant qu'une loi spéciale ne l'exclue pas (cf. ATF 129 II 331 consid. 2.3.1 ; arrêt du TF 2C_715/2008 précité ibid.). Il y a toutefois lieu de préciser que la délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration n'inclut pas automatiquement le transfert implicite d'une compétence décisionnelle. Encore faut-il que l'exercice d'un pouvoir décisionnel s'avère indispensable pour permettre à l'organisme délégataire de tâches publiques d'accomplir celles-ci. Le plus souvent, la question de savoir si la délégation d'une tâche d'intérêt public englobe celle d'une compétence décisionnelle ne pourra pas trouver de réponse évidente dans le texte légal, de sorte qu'il conviendra de déterminer, par la voie de l'interprétation, l'éventuelle existence et, le cas échéant, l'étendue et le champ d'application

précis d'un tel pouvoir (cf. arrêt du TF 2C_715/2008 précité *ibid.*). Si, à l'issue d'une telle analyse, l'existence d'un pouvoir décisionnel dérivant de la délégation de tâches publiques demeurerait ambiguë, seule une délégation distincte et explicite dudit pouvoir décisionnel pourra être admise. Cela se justifie au regard des enjeux en présence, soit la délégation d'une parcelle de puissance publique en faveur d'un organisme, souvent de droit privé, extérieur à l'administration ainsi que la sécurité du droit pour les administrés (cf. ATF 137 II 409 consid. 6.2).

E. 2.1.4.3

En tout état de cause, qu'une compétence décisionnelle soit expressément déléguée à un organisme extérieur à l'administration ou qu'elle lui soit implicitement conférée à la faveur de la délégation d'une tâche publique dont l'exécution requerra nécessairement le transfert d'un pouvoir décisionnel audit organisme, cette clause de délégation devra s'appuyer sur une base légale suffisante émanant du législateur au sens formel (cf. ATF 137 II 409 consid. 6.3 et réf. cit.). A ce titre, il sied de rappeler que, dans le cadre de la révision de la Constitution fédérale, l'Assemblée fédérale avait, en suivant l'avis du Conseil fédéral, expressément rejeté la proposition visant à assouplir l'exigence de la réserve de la loi qui gouverne chaque cas concret d'externalisation de tâches de l'administration (BO 1998 CN 147 ss ; BO 1998 CE 868).

E. 2.1.4.4

L'exigence d'une base légale formelle n'exclut pas que le législateur puisse autoriser le pouvoir exécutif, par le biais d'une clause de délégation législative, à édicter des règles de droit (cf. art. 164 al. 2 Cst. ; ATF 130 I 26 consid. 5.1) destinées à préciser les tâches publiques et les pouvoirs y afférents que la loi a confiés à une organisation extérieure à l'administration, ceci valant en particulier pour la délégation de tâches publiques mineures ou purement techniques (cf. ATF 137 II 409 consid. 6.4 et réf. cit.). La clause de délégation législative en faveur du Conseil fédéral est cependant soumise à des exigences strictes lorsqu'elle porte sur des tâches de puissance publique (cf. ATF 137 II 409 *ibid.* et réf. cit.) ou lorsque les droits et obligations des personnes sont en jeu (cf. art. 164 al. 1 let. c Cst.). Il lui faut dans un tel cas être suffisamment précise de manière à circonscrire les lignes fondamentales de la réglementation déléguée, soit le but, l'objet et l'étendue des pouvoirs délégués au Conseil fédéral (cf. ATF 131 II 13 consid. 6.4.4 ; ATF 130 I 26 consid. 5.1 ; ATF 128 I 113 consid. 3c).

E. 2.2.1

En l'espèce, dans son arrêt A-265/2012 du 4 juillet 2013 consid. 3.1.2 le Tribunal de céans a déjà constaté que Swissgrid SA, lorsqu'elle rend un avis en matière de RPC en application de l'art. 3g al. 3 OEne, n'était pas une autorité fédérale au sens de l'art. 1 PA et ne prononçait pas de décision au sens de l'art. 5 PA.

E. 2.2.2

Il ressort des art. 18 ss de la loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl, RS 734.7) ainsi que du Message du Conseil fédéral du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (FF 2004 1493, 1543) que le législateur a voulu créer un réseau de transport national unique (soit une situation de monopole) visant à assurer l'approvisionnement en électricité de la Suisse. Pour gérer dit réseau, le législateur a prévu la création d'une société nationale du réseau de transport, soit Swissgrid SA et lui a imparti

un certain nombre de tâches (cf. not. art. 20 LApEl). La position de concessionnaire monopolistique de la société précitée est ainsi clairement établie.

E. 2.2.3

Comme susmentionné (cf. consid. 2.1.4.1 supra), le simple fait d'octroyer une concession ne confère encore pas la qualité d'autorité au concessionnaire, une base légale suffisante devant lui accorder une compétence décisionnelle. Il ressort des articles 18 ss LApEl qu'aucun pouvoir décisionnel n'est accordé à la société nationale du réseau de transport, au contraire de ce qui prévaut par exemple pour la Commission de l'électricité (ElCom) à qui le législateur a expressément confié des compétences décisionnelles avec voies de droit devant le Tribunal de céans (cf. art. 21 à 23 LApEl). Dans son arrêt A-265/2012 précité, le Tribunal a estimé que les décisions formelles en matière de RPC étaient rendues par l'ElCom et que dites décisions pouvaient être attaquées par devant le Tribunal de céans (cf. consid. 3.1.2). Ainsi, en se fondant sur l'art. 3g al. 3 OEne, Swissgrid SA ne fait que rendre des avis (Bescheid) en matière de RPC. Cette disposition n'a pas été modifiée depuis l'arrêt du Tribunal de céans précité. L'interprétation de la recourante se limitant à une interprétation littérale - toute son argumentation se référant au mot décision de la version française de l'art. 3g al. 3 OEne - ne saurait infirmer l'interprétation du Tribunal dans l'arrêt précité. Il ne saurait ainsi être considéré que la délégation de tâches publiques à Swissgrid SA comprend implicitement le pouvoir décisionnel nécessaire à l'accomplissement desdites tâches (cf. consid. 2.1.4.2 supra), ce d'autant plus que le législateur a formellement institué une autorité en la matière, l'ElCom. Enfin, si le législateur a laissé au Conseil fédéral le soin d'édicter des règles de droit ou lui a délégué des compétences décisionnelles (cf. par exemple les art. 19 et 20 al. 3 LApEl) notamment en matière d'approbation des statuts de la société nationale du réseau de transport - laquelle revêt la forme d'une société anonyme -, force est de constater que le législateur ne lui a pas confié le mandat de déléguer une parcelle de la puissance publique à la société nationale du réseau de transport (cf. consid. 2.1.4.4 supra). Dès lors, le Tribunal ne perçoit aucune raison de renverser sa jurisprudence et de reconnaître à la société nationale du réseau de transport un quelconque pouvoir décisionnel en matière de RPC. De plus, il se doit d'être souligné que même si l'art. 3g al. 3 OEne devait conférer un certain pouvoir décisionnel à Swissgrid SA, dite disposition ne serait pas une base légale suffisante (voir en ce sens, Davide Pinelli, *Rechtliche Rahmenbedingungen erneuerbarer Energien im Lichte der Nachhaltigen Entwicklung*, in : *Schriftenreihe zum Umweltrecht*, thèse 2014, p. 157).

E. 2.2.4

Il peut donc ici être constaté que l'acte de Swissgrid SA du 29 août 2014, dans la mesure où il constate que dite entreprise n'est pas une autorité fédérale statuant en première instance - respectivement une autre autorité ou organisation indépendante de l'administration fédérale statuant dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération - au sens de l'art. 1 al. 1 et al. 2 let. e PA, doit être confirmé.

E. 3

Il sied ensuite d'examiner la compétence de Swissgrid SA sous l'angle de la loi sur la transparence.

E. 3.1

Au sens de l'art. 2 LTrans, dite loi fédérale s'applique notamment à l'administration fédérale (let. a) et aux organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à

l'administration fédérale, dans la mesure où ils édictent des actes ou rendent en première instance des décisions au sens de l'art. 5 PA (let. b). Selon le message du Conseil fédéral du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration (FF 2003 1807, 1831), aux termes de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans, le principe de transparence est donc applicable aux organismes et aux personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale uniquement s'ils ont le pouvoir de rendre des décisions de première instance au sens de l'art. 5 PA (voir également Christa Stamm-Pfister, in : Basler Kommentar, Datenschutz-Öffentlichkeitgesetz, 3ème éd., 2014, art. 2 BGÖ n° 17 p. 179). Sont ainsi soumises à la loi les activités de ces personnes et organisations accomplissant des tâches publiques qu'elles exercent en tant qu'organismes investis de la puissance publique. Le droit d'accès porte donc uniquement sur les documents officiels établis par une entité ayant le pouvoir décisionnel.

E. 3.2

En l'espèce, comme précédemment mentionné (cf. consid. 2.2.4 supra), en matière de RPC, Swissgrid SA n'est pas une autorité fédérale et n'est pas une organisation indépendante de l'administration fédérale en tant qu'elle statue dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération au sens de l'art. 1 PA et ne rend pas de décision au sens de l'art. 5 PA en première instance. Dès lors, s'agissant des RPC, Swissgrid SA n'est pas soumis au champ d'application de la LTrans défini par le législateur formel.

E. 3.3

Il peut donc ici être constaté que l'acte de Swissgrid SA du 29 août 2014, dans la mesure où il constate que dite entreprise n'est pas soumise à la LTrans, doit être confirmé

E. 4

Enfin, il sied de relever, à titre superfétatoire, ce qui suit.

E. 4.1

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. 4.2

Une recommandation du PFPDT n'a pas de force légale dans la mesure où elle requiert ensuite que l'autorité rende une décision (cf. art. 15 LTrans) laquelle est attaquant (cf. art. 16 LTrans) et ne saurait ainsi aller à l'encontre de décisions judiciaires entrées en force. Dès lors que la jurisprudence avait déjà établi que Swissgrid SA n'avait pas de pouvoir décisionnel en matière de RPC et n'était pas une autorité au sens du droit fédéral, le PFPDT ne pouvait émettre de recommandation allant à l'encontre de décisions judiciaires revêtues de la force de chose jugée et exécutoires. Ce d'autant plus que des autorités - l'EiCom et/ou l'OFEN - existantes et compétentes pouvaient être saisies d'une telle demande d'accès aux informations et étaient susceptibles de rendre des décisions sujettes au recours au sens des art. 1 et 5 PA et basées sur la LTrans.

E. 4.3

S'agissant du fond du dossier, il sied de relever que la question de l'accessibilité à la liste d'attente des RPC (KEV en allemand) a fait l'objet d'une intervention parlementaire (n° 14.5656) le 3 décembre 2014 et que le Conseil fédéral avait estimé dans sa réponse du 8 décembre 2014 qu'il n'y avait pas lieu de produire ces informations. Ceci afin, d'une part, de respecter les principes de la protection des données des personnes figurant sur la liste d'attente et, d'autre part, de ne pas rendre public trop tôt des projets de construction encore confidentiels et ainsi donner des informations à la concurrence. De plus, le Conseil fédéral a estimé qu'il existait déjà une obligation légale d'informer par le système d'annonce aux cantons selon l'art. 3s al. 3 OEne et par les rapports de l'OFEN qui se doivent d'être publiés sous forme anonyme (cf. art. 3r OEne dans sa version actuellement en vigueur). De même, dans sa recommandation du 9 juillet 2014, le PFPDT avait exclu la transmission des données de la liste d'attente pour diverses raisons (cf. let. K supra).

E. 4.4

Enfin, il sied de relever que le Tribunal a constaté que l'EiCom rendait des décisions de première instance en matière de RPC et que dite commission a le statut d'une autorité (cf. arrêt A-265/2012 précité consid. 3.1.2). Dès lors, la recourante, malgré l'issue de la présente procédure, peut introduire une nouvelle demande auprès des autorités compétentes. De même, la question se pose de savoir si l'OFEN en tant qu'autorité de surveillance peut également être saisie, celle-ci pouvant en l'espèce rester ouverte.

E. 5

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

E. 6

Vu l'issue de la procédure, il y a lieu de mettre les frais de procédure 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). Compte tenu du rejet du recours, la recourante n'a pas droit à des dépens. (dispositif à la page suivante)

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