

# **BVGer A-5969/2023 vom 5. Dezember 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-12-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-5969\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5969_2023)

FR: TAF A-5969/2023 du 5 décembre 2023

IT: TAF A-5969/2023 del 5 dicembre 2023

## **Regeste**

Protection des données

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La procédure devant le Tribunal administratif fédéral 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 pas autrement.

#### **E. 1.1**

Le Tribunal examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (art. 7 al. 1 PA). Il n'en va pas autrement dans le cadre de la procédure de vérification des art. 63 ss de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement (LRens, RS 121).

#### **E. 1.2**

En l'occurrence, la nature de la requête du 30 octobre 2023 est triple. Le requérant formule d'abord une demande de vérification de la réponse du Préposé au sens des art. 63 ss LRens (conclusion no 1). Il sollicite ensuite que le Tribunal constate plusieurs violations de ces droits fondamentaux (conclusions no 2 à 4). Enfin, il sollicite un accès aux données concernées, dès lors qu'il devrait être constaté qu'aucun intérêt prépondérant ne justifierait le report (conclusions no 5 à 7).

#### **E. 1.3**

Il sied ainsi de se déterminer sur la recevabilité de chacune de ces trois requêtes.

### **E. 2**

Dans un premier temps, le requérant sollicite que le Tribunal vérifie la conformité au droit de l'examen du Préposé conformément aux art. 63 ss LRens (conclusion no 1 de sa demande du 30 octobre 2023). A cet effet, il sied de rappeler que les dispositions précitées et la nature de l'examen effectué par le Préposé ont été profondément modifiées avec effet au 1er septembre 2023 (RO 2022 491). Au vu de ces modifications, il peut être utile d'apporter les précisions qui suivent, l'issue du litige étant pour elle-même claire.

#### **E. 2.1**

Lorsqu'une personne demande si le SRC traite des données la concernant dans les systèmes mentionnés à l'art. 63 al. 1 LRens, le droit d'accès est, en toute circonstance, régi par la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD, RS 235.1), ce qui signifie, entre autres, que le requérant dispose de l'ensemble des droits procéduraux de la PA et du droit de se voir notifier une décision motivée et attaquant au sens de l'art. 5 PA,

lui octroyant, refusant ou reportant l'accès aux données requises. Conformément à l'art. 44 PA, cette décision peut ensuite être déférée devant le Tribunal administratif fédéral, puis devant le Tribunal fédéral (art. 82 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). En l'occurrence, ce cas de figure ne s'applique pas à la présente procédure et a fait l'objet d'une procédure de recours parallèle désormais close (cf. décision de radiation du TAF A-3863/2023 du 8 novembre 2023).

### **E. 2.2**

En revanche, lorsqu'une personne demande si le SRC traite des données la concernant dans les systèmes mentionnés à l'art. 63 al. 2 LRens, le SRC informe le requérant du report de sa réponse aux conditions suivantes : - si et pour autant que les données traitées au sujet de cette personne sont liées à des intérêts prépondérants, dûment motivés par le SRC, qui exigent le maintien du secret pour une des raisons suivantes : l'accomplissement des tâches visées à l'art. 6 l'exige / une poursuite pénale ou une autre procédure d'instruction l'exige (art. 63 al. 2 let. a ch. 1 et 2 LRens), - si et pour autant que les intérêts prépondérants d'un tiers exigent le maintien du secret (art. 63 al. 2 let. b LRens), ou, - si le SRC ne traite aucune donnée concernant le requérant. Ces dispositions relatives aux bases de données mentionnées à l'art. 63 al. 2 LRens représentent une lex specialis qui permet au SRC d'exclure - à tout le moins au moment de la demande - l'application de la LPD s'agissant des dites bases de données.

### **E. 2.3**

Dès qu'il n'est plus nécessaire de maintenir le secret, mais au plus tard à l'expiration du délai de conservation des données, le SRC donne les renseignements demandés en application de LPD (art. 63 al. 4 LRens). Cela vaut aussi lorsque le SRC estime ad initio que le report de sa réponse ne se justifie pas. En revanche, s'il n'est pas ou plus nécessaire de maintenir le secret, cela ne signifie pas pour autant que les données sont nécessairement et automatiquement communiquées au requérant, mais bien plus que la réponse du SRC n'est pas ou plus reportée. Autrement dit cela signifie que le SRC s'apprête dorénavant à examiner si les conditions fixées par la LPD sont remplies et qu'il va rendre une décision motivée et attaquable en ce sens. En d'autres termes, lorsque le SRC se voit saisir d'une demande d'accès aux données traitées dans les systèmes mentionnés à l'art. 63 al. 2 LRens, il peut soit : - considérer que les conditions d'un report de sa réponse sont réunies et adresser au requérant une réponse standardisée et non motivée conformément à l'art. 66 LRens, - estimer que les conditions d'un report de sa réponse ne sont pas ou plus réunies, puis examiner si l'accès doit être octroyé, refusé ou reporté sous l'angle de la LPD et rendre une décision motivée en ce sens.

### **E. 2.4**

Ainsi, si le SRC renonce au report de sa réponse, sa décision est ensuite attaquable directement devant le Tribunal administratif fédéral par la voie du recours ordinaire (art. 44 PA). Il vérifiera alors si c'est à juste titre que l'accès a été octroyé, refusé ou reporté en application de la LPD. En revanche, faute d'intérêt du recourant à recourir sur ce point et parce que le SRC ne le conteste en réalité plus, il n'a généralement pas à contrôler si c'est à juste titre que la réponse a été initialement reportée ou si elle aurait dû encore l'être. En l'occurrence, ce cas de figure n'est pas réalisé, puisque le SRC a, au contraire, choisi de reporter sa réponse. En revanche, lorsque le SRC choisit de reporter sa réponse, le requérant ne peut que demander au PFPDT qu'il effectue la vérification prévue à l'art. 63 al. 3 LRens.

Le rôle du Préposé est alors double. Il vérifie, d'une part, si les éventuelles données concernant le requérant sont traitées conformément au droit et contrôle, d'autre part, si c'est à juste titre que le SRC a choisi de reporter sa réponse. Autrement dit, il doit vérifier si c'est à bon droit que le SRC n'a pas rendu de décision motivée et attaquant au sens de la LPD.

## **E. 2.5**

A la suite de la révision totale de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (aLPD, RO 1993 1945) le 1er septembre 2023, la suite de la procédure a toutefois été modifiée (RO 2022 491).

### **E. 2.5.1**

Sous l'empire de la loi du 19 juin 1992, lorsque le PFPDT constatait une éventuelle erreur dans le traitement des données ou dans le report de la réponse, il ne pouvait qu'émettre au SRC la recommandation d'y remédier (art. 64 al. 2 aLRens ; RO 2017 4095). Ainsi, lorsque le report de la réponse ne se justifiait pas, il recommandait au SRC de rendre une décision attaquant selon la LPD portant sur l'octroi, le refus ou le report de l'accès aux données. Le SRC était alors libre de maintenir le report de sa réponse ou, au contraire, d'estimer que les conditions au report n'étaient pas réunies et procéder selon la LPD. Le Préposé communiquait, en revanche, au requérant une réponse standardisée et non motivée (art. 66 LRens), de sorte que ce dernier ne savait pas si des données le concernant existaient, si elles avaient été traitées correctement ou si une recommandation avait été émise, encore moins si elle avait été suivie. Pour cette raison, le législateur de l'époque a estimé que le requérant devait pouvoir demander au Tribunal administratif fédéral qu'il vérifie la communication du Préposé ou la mise en oeuvre de sa recommandation. Si le Tribunal administratif fédéral constatait des erreurs relatives au traitement des données ou au report de la réponse, il adressait cette fois au SRC une décision lui ordonnant d'y remédier (art. 65 aLRens). En revanche, là aussi, le Tribunal administratif fédéral communiquait au requérant une réponse standardisée et non motivée, de sorte que ce dernier ne savait pas si les données traitées l'avaient été correctement ou si une décision à l'encontre du SRC avait été prise.

### **E. 2.5.2**

Dorénavant, avec l'entrée en vigueur de la LPD révisée, si le PFPDT constate une éventuelle erreur relative au traitement des données ou au report de la réponse, il ouvre une enquête conformément à l'art. 49 LPD (art. 64 al. 2 LRens) et peut directement ordonner au SRC d'y remédier (art. 64 al. 4 LRens). Le législateur a, en revanche, maintenu le principe selon lequel seule une communication standardisée et non motivée est portée à la connaissance du requérant (art. 66 LRens). Selon le Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales (FF 2017 6565, p. 6800), dans la mesure où le PFPDT ne rend plus de recommandations, mais est habilité à ouvrir des enquêtes et à ordonner au SRC de remédier à d'éventuelles erreurs, l'intervention du Tribunal administratif fédéral n'est plus nécessaire. Ainsi, les art. 64 al. 3 et 65 aLRens - qui fondent la compétence du Tribunal administratif fédéral pour la vérification du report au sens de l'art. 63 al. 2 LRens et précisent son pouvoir d'examen - ont par conséquent été abrogés par l'annexe 1 ch. II.2 de la nouvelle LPD, avec effet au 1er septembre 2023.

## **E. 2.6**

En l'espèce, le requérant a formé sa demande auprès du SRC le 4 mai 2023 et sa demande de vérification au PFPDT le 11 juillet 2023, soit lorsque l'ancien droit était encore en

vigueur. Le PFPDT a toutefois procédé à la vérification requise et répondu à la demande du requérant le 22 septembre 2023, soit après l'entrée en vigueur de la nouvelle LPD et la modification des dispositions procédurales précitées. Cela étant, son contrôle et la procédure qu'il a suivie se fondent sur l'ancien droit, dès lors qu'il a communiqué au requérant qu'en cas d'erreur, il n'avait émis que la recommandation d'y remédier. Dans ces conditions, l'issue de la présente procédure est intrinsèquement liée à la question du droit transitoire et de l'application du droit dans le temps.

### **E. 2.6.1**

Seule disposition transitoire adoptée avec la révision de la LPD susceptible d'entrer en ligne de compte, l'art. 70 LPD précise que la nouvelle loi ne s'applique ni aux enquêtes du PFPDT pendantes au moment de son entrée en vigueur ni aux recours pendants contre les décisions de première instance rendues avant son entrée en vigueur. Selon le Message précité (FF 2017 6565, p. 6721), cette disposition vise à garantir la sécurité juridique et le principe de la bonne foi. Elle s'applique aux enquêtes du préposé pendantes au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle LPD, ainsi qu'aux recours contre les décisions de première instance et vise aussi bien les règles matérielles que les compétences du PFPDT, ainsi que les autres normes de procédure applicables. Cela étant, la procédure visée par les art. 63 ss LRens est une procédure de vérification ad hoc qui ne constitue ni une procédure de recours au sens des art. 44 ss PA, ni une procédure d'enquête au sens de l'art. 49 LPD. Dans ces circonstances, une interprétation littérale ne suffit pas à inclure la procédure de vérification des art. 63 ss LRens dans la notion visée par l'art. 70 LPD. Il convient donc de l'interpréter pour dégager la véritable intention du législateur.

#### **E. 2.6.1.1**

Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme, en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique ; cf. ATF 135 II 416 consid. 2.2 et 134 I 184 consid. 5.1). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation. Il s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. Il ne s'écarte de la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf. ATF 143 II 202 consid. 8.5, 142 II 80 consid. 4.1, 140 II 289 consid. 3.2 et 139 II 49 consid. 5.3.1).

#### **E. 2.6.1.2**

D'un point de vue systématique, la procédure dite de « l'accès restreint » mise en place par les art. 64 ss LRens s'inspire largement la solution adoptée par le Parlement dans le cadre notamment de l'art. 8 de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur les systèmes d'information de police de la Confédération (LSIP, RS 361). Ce système prévoyait, déjà à l'époque, la possibilité pour le PFPDT, en cas d'éventuelle erreur, d'ouvrir une enquête conformément à l'art. 22 de l'ancienne loi fédérale du 28 septembre 2018 sur la protection des données Schengen (aLPDS ; abrogée aussi par la nouvelle LPD). Au surplus, le législateur a prévu une disposition transitoire spéciale qui déroge au régime général de l'art. 70 LPD pour les procédures civiles (art. 407e du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 [CPC, RS 272]) et qui prévoit que le nouveau droit sur la protection des données est applicable aux

procédures pendantes lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle LPD. Cela étant, ces considérations ne permettent encore pas de dégager, avec certitude, que le législateur considérerait la présente procédure de vérification comme une « enquête pendante du PFPDT » ou comme une « procédure de recours contre une décision de première instance ».

#### **E. 2.6.1.3**

D'un point de vue historique, les travaux préparatoires précisent toutefois que la disposition transitoire de l'art. 70 LPD vise aussi bien les règles matérielles de protection des données que les compétences du préposé et les autres normes de procédure applicables. Le texte du Message (FF 2017 6565, p. 6721) tendrait donc à soutenir, a priori, l'application de l'ancien droit aussi à la procédure de vérification des art. 63 ss LRens. Toutefois, là encore, on n'arrive pas à dégager la volonté du législateur et la question demeure de savoir si la notion de « compétences du préposé ou d'autres normes de procédure applicables » vise l'ensemble des compétences en main du préposé ou seulement celles qui sont en lien avec les enquêtes ou recours pendants.

#### **E. 2.6.1.4**

Toutefois, d'un point de vue téléologique, l'art. 70 LPD vise avant tout à garantir la sécurité juridique et le principe de la bonne foi. Cela ressort très clairement du Message du Conseil fédéral (cf. FF 2017 6565, p. 6721). Cela étant, il faut bien rappeler que, si la recommandation du PFPDT a été remplacée par une enquête, c'est aussi pour unifier les procédures de vérification dites de « l'accès restreint » et assurer, par conséquent, une certaine sécurité juridique. Cette intervention étendue du PFPDT et l'abrogation d'une vérification subséquente par le Tribunal administratif fédéral ne doivent pas être comprises comme un appauvrissement des voies de droit, bien au contraire. Elles servent avant tout l'intérêt du justiciable. En effet, dès lors que ce dernier se voit remettre, en toute circonstance, une réponse standardisée et non motivée (cf. supra consid. 2.4.1 et 2.4.2) qu'elle que soit l'autorité qui procède à la vérification demandée, la procédure de vérification ad hoc et son existence dans le système juridique suisse reposent essentiellement sur la confiance du justiciable dans l'administration et la justice ainsi que dans l'assurance que les autorités compétentes ont bien procédé à la vérification demandée et pris les éventuelles mesures appropriées. Il existe donc un intérêt public prépondérant à ce que la confiance du justiciable dans l'institution de « l'accès restreint » soit préservée et à ce que cette institution contribue au bon fonctionnement de l'administration et de la justice. Dans ces circonstances, il est donc dans l'intérêt du justiciable que le PFPDT ouvre, en cas d'erreur, une enquête et ordonne au SRC d'y remédier, plutôt qu'il émette une simple recommandation. Il est certes vrai que, dans le cadre de sa vérification, le Tribunal administratif fédéral pouvait aussi ordonner au SRC de remédier à une éventuelle erreur en lui adressant une décision en ce sens. Toutefois, il faut bien relever que le Tribunal administratif fédéral n'est - contrairement au PFPDT - ni une autorité spécialisée en matière de protection des données ni au bénéfice des ressources nécessaires pour mener à bien une enquête, qu'il n'avait de toute façon pas la compétence d'ordonner. Il résulte donc de ce qui précède que les intérêts que le législateur a voulu protéger en soumettant les procédures d'enquête et de recours pendantes à l'ancien droit ne peuvent pas s'appliquer stricto sensu à la procédure de vérification des art. 63 ss LRens.

#### **E. 2.6.1.5**

Il résulte donc d'une interprétation systématique, historique et surtout téléologique de l'art. 70 LPD que cette disposition ne vise bien que les enquêtes pendantes du PFPDT et les procédures de recours contre des décisions de première instance rendues avant son entrée en vigueur. Une telle interprétation est au demeurant conforme au texte que le législateur a récemment adopté et va donc dans le sens d'une interprétation littérale. Il y a donc lieu de retenir en définitive que l'art. 70 LPD ne s'applique pas à la vérification effectuée par le PFPDT conformément à l'art. 64 LRens.

#### **E. 2.6.2**

Il suit de là que, en l'absence de dispositions transitoires aux art. 63 ss LRens, la question du droit applicable doit être tranchée par le biais des principes généraux du droit intertemporel (cf. arrêt du TAF A-5127/2020 du 25 août 2021 consid. 4.1). D'après les règles générales régissant la détermination du droit applicable (cf. ATF 131 V 425 consid. 5.1), l'application d'une norme à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur est interdite (cf. ATF 137 II 371 consid. 4.2). En dérogation à ce principe général, les nouvelles règles de procédure s'appliquent toutefois pleinement dès leur entrée en vigueur aux causes qui sont encore pendantes (cf. ATF 137 II 409 consid. 7.4.5). Dans ces circonstances, il y a lieu de constater que le nouvel iter procédural s'appliquait dès l'entrée en vigueur du nouveau droit.

#### **E. 2.7**

Dès lors et à compter du 1er septembre 2023 - date de l'entrée en vigueur des modifications de la LPD et de la LRens -, le Tribunal de céans ne serait en principe plus compétent pour vérifier la réponse du PFPDT en raison de l'abrogation des art. 64 al. 3 et 65 LRens. En raison de ce qui suit, cette question peut toutefois souffrir de demeurer en suspens.

##### **E. 2.7.1**

Selon une jurisprudence constante, en effet, la nullité absolue ne frappe que les décisions affectées des vices les plus graves, manifestes ou du moins facilement décelables et pour autant que sa constatation ne mette pas sérieusement en danger la sécurité du droit (cf. not. ATF 148 IV 445 consid. 1.4.2, 147 III 226 consid. 3.1.2, 146 I 172 consid. 7.6 et 138 II 501 consid. 3.1). Sauf dans les cas expressément prévus par la loi, il ne faut admettre la nullité qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire (cf. ATF 149 IV 9 consid. 6.1). Entre avant tout en considération comme motifs de nullité l'incompétence fonctionnelle et matérielle de l'autorité appelée à statuer, ainsi qu'une erreur manifeste de procédure (cf. ATF 145 IV 197 consid. 1.3.2, 143 III 495 consid. 2.2 et 138 II 501 consid. 3.1). Enfin, la nullité d'un acte administratif peut être constatée en tout temps et d'office, par toute autorité étatique (cf. ATF 122 I 97 consid. 3a ; ATAF 2008/59 consid. 4.2).

##### **E. 2.7.2**

En l'occurrence, il ressort du dossier que le PFPDT n'a pas procédé, en date du 22 septembre 2023, selon le nouvel iter procédural prescrit par l'art. 64 al. 2 LRens et a communiqué au requérant qu'en cas d'erreur, il n'avait émis que la recommandation d'y remédier. Il s'agit là d'une erreur manifeste de procédure qui constitue un vice grave, dès lors que le préposé n'est plus, dans ces circonstances, compétent pour n'émettre qu'une simple recommandation. De plus, si le Tribunal devait s'en tenir à une application correcte du droit en vigueur, il devrait se déclarer incompétent sans possibilité de renvoyer la cause au PFPDT pour qu'il procède à la vérification correcte de la communication du SRC du 9 juin 2023. Une telle situation causerait notamment un préjudice grave aux droits

fondamentaux du requérant, dès lors qu'une vérification ultérieure par le Tribunal administratif fédéral n'est plus possible.

### **E. 2.7.3**

A cet égard, il convient encore de rappeler que, selon l'art. 35 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), les droits fondamentaux doivent être garantis dans l'ensemble de l'ordre juridique. Cette obligation s'adresse non seulement à l'autorité fédérale de première instance, mais également aux instances de surveillance et de recours qui, dans certaines circonstances, doivent participer à la protection des droits fondamentaux dans leur jurisprudence et leur pratique en créant des réglementations de remplacement appropriées (cf. ATF 135 I 265 consid. 4.2). Dans ces conditions, tant l'intérêt public à la réalisation des droits fondamentaux et au maintien de la confiance du justiciable dans l'institution de l'accès restreint des art. 63 ss LRens, que l'intérêt privé du requérant commandent qu'il soit constaté d'office que la communication du 22 septembre 2023 du PFPDT est nulle.

### **E. 2.8**

En raison de la nullité ex tunc de sa communication du 22 septembre 2023, la demande de vérification de la conformité au droit de l'examen du PFPDT du requérant du 30 octobre 2023 (conclusion no 1) est devenue sans objet et il convient de transmettre à nouveau celle-ci au PFPDT pour objet de sa compétence (art. 8 al. 1 PA).

### **E. 3**

A l'appui de sa demande du 30 octobre 2023, le requérant requiert ensuite que le Tribunal constate la violation de plusieurs de ces droits fondamentaux (conclusions no 2 à 4). Par là même, il requiert en réalité que le Tribunal examine la constitutionnalité et la conventionnalité des actes du SRC et du PFPDT dans le cadre de leurs communications respectives.

#### **E. 3.1**

Aux termes de l'art. 25 PA, l'autorité compétente sur le fond a qualité pour constater par une décision, d'office ou sur demande, l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations fondés sur le droit public si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection à un tel prononcé (al. 1 et 2). De même, selon l'art. 25a al. 1 PA, toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir ou les révoque (let. a), élimine les conséquences d'actes illicites (let. b) ou constate l'illicéité de tels actes (let. c). L'autorité statue par voie de décision (al. 2). Une décision en constatation n'a qu'un caractère subsidiaire, en ce sens que l'intérêt digne de protection fait défaut lorsque les intérêts sous-jacents du requérant peuvent être préservés au moyen d'une décision formatrice ou condamnatoire (cf. ATF 130 V 388 consid. 2.4 ; arrêts du TAF A-2766/2016 du 18 avril 2017 consid. 3.5 et A-4092/2016 du 17 mars 2017 consid. 1.2). Il n'en va pas autrement de l'art. 25a PA qui a également une nature subsidiaire : l'intérêt pour exiger une décision au sens de dite disposition fait défaut lorsque le requérant dispose d'une autre voie pour faire valoir ses droits (cf. ATF 140 II 315 consid. 3.1 et 4, 136 V 136 consid. 4.3 ; arrêts du TAF A-2766/2016 précité consid. 3.7 et A-5762/2012 du 7 février 2013 consid. 7.1).

#### **E. 3.2**

Au surplus, les règles de compétence, qui garantissent la sécurité du droit et l'égalité de traitement, sont de nature impérative. En droit public fédéral, elles relèvent essentiellement de l'organisation judiciaire de la Confédération et doivent être observées strictement par les autorités appelées à statuer sur les requêtes qui leur sont soumises (cf. ATF 99 Ia 317 consid. 4a ; ATAF 2009/49 consid. 9.3). En aucun cas, la compétence ne peut être créée par accord entre l'autorité et la partie (art. 7 al. 2 PA ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la procédure administrative du 24 septembre 1965, FF 1965 II 1383, p. 1400 ; Thibault Blanchard, *Le partage du contentieux administratif*, Lausanne 2005, p. 122). Selon une conception dogmatique largement admise, la compétence d'une autorité s'examine tant sur le plan matériel, fonctionnel que territorial (cf. ATF 142 II 182 consid. 3.2.2 ; arrêt du TAF C-5622/2021 du 5 juillet 2023 consid. 6.1.2). Il n'en va pas autrement lorsque le requérant demande à l'autorité de rendre une décision sur le fondement de l'art. 25 ou 25a PA. L'autorité saisie doit examiner d'office sa compétence (art. 7 al. 1 PA ; cf. ég. supra consid. 1.1).

### **E. 3.3**

En particulier, la compétence fonctionnelle de l'autorité s'apprécie en fonction du niveau de l'instance. Lorsque le législateur a prévu que les litiges doivent être soumis à une autorité dont les décisions peuvent être portées par voie de recours devant une autorité supérieure, le justiciable a l'obligation - sous réserve de l'institution de l'*omisso medio* (« recours sautant ; Sprungbeschwerde » ; cf. ég. art. 47 al. 2 PA ; à ce sujet, not. ATAF 2009/30 consid. 1.2) - d'épuiser le cours normal des instances, tel qu'il a été prévu par la loi. A l'inverse, il a le droit d'exiger que l'autorité supérieure ne se saisisse pas du litige lorsque celui-ci n'a pas été tranché par l'instance inférieure (cf. ATF 99 Ia 317 consid. 4a ; arrêt du TF 2C\_1016/2018 du 5 juin 2019 consid. 3.4).

### **E. 3.4**

Autrement dit, ne peut faire l'objet d'une procédure de recours que ce qui constituait déjà l'objet de la procédure devant l'instance inférieure ou ce qui, selon une interprétation correcte de la loi, aurait dû l'être (objet de la contestation ; Streitgegenstand). Les points sur lesquels l'autorité inférieure ne s'est pas prononcée et sur lesquels elle n'était pas non plus tenue de le faire ne peuvent être examinés par l'autorité supérieure. Celle-ci outrepasserait sinon ses compétences fonctionnelles. L'objet de la contestation résulte lui-même du dispositif de la décision attaquée et non de sa motivation. A cet égard, si des doutes demeurent quant à la portée du dispositif, il convient de l'interpréter, stade auquel la motivation de la décision peut servir d'aide. Par ailleurs, si le dispositif renvoie expressément aux considérants, ceux-ci font partie du dispositif dans la mesure du renvoi (cf. arrêts du TF 2C\_642/2007 du 3 mars 2008 consid. 2.2 et 2A.121/2004 du 16 mars 2005 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 1.4.1 et 2010/12 consid. 1.2.1 ; arrêt du TAF A-1924/2012 du 31 mai 2013 consid. 2.4.1).

### **E. 3.5**

Il n'en va pas autrement des décisions rendues en application des art. 25 PA ou 25a PA. L'autorité de recours ne peut pas constater, pour la première fois, l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations fondés sur le droit public ou le caractère illicite d'actes matériels des autorités qui lui sont fonctionnellement inférieures. Si l'autorité inférieure refuse ou tarde à statuer en application des art. 25 ou 25a PA, seul le recours en

déni de justice ou retard à statuer est ouvert (art. 46 PA). L'objet du litige est alors limité au point de savoir si un tel déni de justice ou retard injustifié est réalisé, le requérant ne pouvant, dans ce cadre, que conclure à l'accomplissement, par l'autorité dont il se plaint de l'acte en lien avec lequel il dénonce un retard ou un refus de statuer ; de jurisprudence constante, l'objet ne s'étend pas aux droits et obligations pouvant résulter du fond de la cause (cf. arrêts du TF 8C\_162/2022 du 9 août 2022 consid. 4.2, 9C\_405/2017 du 3 août 2017 consid. 2.1 et 8C\_23/2007 du 12 mars 2008 consid. 1 non publié in ATF 134 V 145).

### **E. 3.6**

En l'occurrence, le requérant sollicite pour la première fois devant le Tribunal administratif fédéral que soit constaté une violation de divers droits fondamentaux. C'est aussi la première fois qu'il se plaint de ce que les actes accomplis par le SRC en lien avec le report de sa réponse seraient illicites. Dans ces circonstances, il appartenait au requérant de solliciter du SRC qu'il rende une décision sujette à recours sur ce point. Le Tribunal administratif fédéral ne saurait entrer en matière sur ces conclusions sans violer manifestement sa compétence fonctionnelle.

### **E. 3.7**

Il suit de là que, faute de compétence fonctionnelle du Tribunal de céans, les conclusions no 2 à 4 du requérant sont irrecevables.

### **E. 4**

Il n'en va pas autrement de la conclusion no 6 du requérant tendant à ce que le Tribunal constate qu'aucun intérêt prépondérant ne justifie le report de la décision du SRC.

### **E. 4.1**

Au vu de l'entrée en vigueur des modifications de la LPD et de la LRens, il appartenait en premier lieu au PFPDT d'examiner - dans le cadre de la vérification interne à laquelle il procède - si c'est à bon droit que le SRC a reporté sa réponse, étant rappelé que l'information ensuite communiquée au requérant est standardisée et non motivée (art. 66 LRens).

### **E. 4.2**

Vu la nullité de sa communication (cf. supra consid. 2), il n'appartient pas au Tribunal administratif fédéral de se prononcer à ce stade sur cette question sous peine de violer non seulement sa compétence matérielle (ce dernier n'étant plus compétent pour vérifier la communication du PFPDT, cf. supra consid. 2) mais également fonctionnelle (cf. supra consid. 3).

### **E. 4.3**

Il y a donc formellement lieu de déclarer la conclusion no 6 du requérant irrecevable.

### **E. 5**

Reste enfin, à examiner les conclusions no 5 et 7 du requérant, tendant à ce que le Tribunal administratif fédéral l'informe de l'existence ou non de données le concernant, de la nature desdites données, soit en particulier de toute communication intervenue avec une autorité étrangère, et tendant à ce qu'il soit fait ordre au SRC de lui transmettre les éventuelles données le concernant.

### **E. 5.1**

En l'occurrence, l'objet de la procédure porte uniquement sur l'acte par lequel le SRC a reporté sa décision au sens de l'art. 63 al. 2 LRens. Comme considéré, il convient bien de distinguer la procédure dite de l'accès restreint tendant au report de la réponse du SRC de la procédure administrative ultérieure - régie par la LPD, donc - au terme de laquelle le SRC octroie au requérant l'accès aux données requises, le lui refuse ou le reporte (cf. supra consid. 2.2 ss). Ce n'est qu'à l'issue de cette procédure ultérieure que l'instance de recours examinera si c'est à bon droit qu'un éventuel accès a été refusé ou reporté. Dans ces circonstances, là aussi, les conclusions du requérant dépassent l'objet de la procédure, de sorte que le Tribunal administratif fédéral ne saurait se prononcer sur celles-ci sans violer sa compétence fonctionnelle (cf. ég. supra consid. 3.2 ss).

### **E. 5.2**

Pour ces motifs, les conclusions no 5 et 7 du requérant sont elles aussi irrecevables.

### **E. 6**

Il suit de l'ensemble de ce qui précède que la demande de vérification du 30 octobre 2023 - pour laquelle le TAF n'aurait été au demeurant plus compétent à compter du 1er septembre 2023 - est devenue toutefois sans objet en raison de la nullité de l'acte du 22 septembre 2023 du PFPDT. Au surplus, sa requête en constatation de l'illicéité des actes du SRC et du PFPDT et sa demande d'accès aux éventuelles données le concernant sont manifestement irrecevables. Dans ces circonstances, le présent arrêt est rendu à juge unique (art. 23 al. 1 let. a et b LTAF).

### **E. 7**

Les frais de procédure devant le Tribunal administratif fédéral, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Lorsqu'une procédure devient sans objet, les frais sont en règle générale mis à la charge de la partie dont le comportement a occasionné cette issue (art. 5 FITAF). Les frais peuvent exceptionnellement être remis totalement ou partiellement pour des motifs ayant trait au litige ou à la partie en cause et qu'il ne paraît pas équitable de mettre les frais de procédure à la charge de celle-ci (art. 6 let. b FITAF). Aucun frais de procédure ne sont toutefois mis à la charge des autorités inférieures déboutées (art. 63 al. 2 PA).

#### **E. 7.1**

En l'occurrence, même si le requérant succombe dans une large mesure dans ses conclusions, on ne saurait nier le caractère particulier de l'issue de la procédure qui conduit, comme considéré, non pas à déclarer l'ensemble de sa requête du 30 octobre 2023 irrecevable, mais partiellement sans objet en raison du constat d'office de la nullité de la communication du PFPDT du 22 septembre 2023. Dès lors qu'il est représenté par deux mandataires exerçant la profession d'avocat, le requérant pouvait et devait se rendre compte de lui-même que le Tribunal administratif fédéral n'était plus compétent et ne pouvait se fier, de bonne foi, à la seule indication des voies de droit. Cela étant, le PFPDT n'a pas seulement indiqué à tort des voies de droit, il n'a pas appliqué les nouvelles dispositions procédurales de la LRens.

#### **E. 7.2**

Dans ces circonstances, il convient exceptionnellement de statuer sans frais.

## **E. 8**

Le Tribunal administratif fédéral peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA ; art. 7 ss FITAF). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF).

### **E. 8.1**

En raison de la nullité ex tunc de la communication du 22 septembre 2023, il se justifierait d'allouer des dépens réduits au requérant. Cela étant, on doit tout aussi bien relever que, comme considéré, il devait se rendre compte de lui-même que le Tribunal administratif fédéral n'était plus compétent et que le droit avait changé avec effet au 1er septembre 2023 de sorte que la communication du PFPDT était nulle. S'il estimait que le Tribunal administratif fédéral avait une compétence résiduelle ou était l'autorité la mieux à même de constater cette nullité, il lui appartenait de thématiser la question dans sa requête du 30 octobre 2023 et d'étayer ses griefs en ce sens, ce qui aurait ouvert la voie à des dépens. Or, malgré le contrôle à quatre yeux des deux mandataires signataires, cette problématique n'a pas été abordée. Nonobstant, on ne peut raisonnablement pas considérer que leur intervention était objectivement nécessaire à la défense des intérêts du requérant.

### **E. 8.2**

Il suit de là que, vu l'ensemble des circonstances, il se justifie de ne pas allouer de dépens.

## **E. 9**

En vertu de l'art. 66 al. 2 LRens, les réponses aux demandes de vérification ne sont pas sujettes à recours. En vertu du principe d'unité de la procédure, l'exclusion du recours à raison de la matière vaut non seulement pour les décisions au fond, mais également pour les décisions portant sur la compétence, pour les décisions de nature incidente ou partielle (sur l'art. 83 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110], cf. ATF 137 I 371 consid. 1.1, 137 III 261 consid. 1.4 ; arrêt du TF 9C\_110/2020 du 9 mars 2020 consid. 2), pour les radiations du rôle (cf. arrêt du TF 2C\_542/2021 du 7 juillet 2021 consid. 3) ou la répartition des frais et dépens (cf. ATF 134 I 159 consid. 1.1, 134 V 138 consid. 3 ; arrêt du TF 2C\_1004/2017 du 29 mai 2018 consid. 1.1). Dans ces circonstances, les chiffres concernés du dispositif du présent arrêt sont définitifs. Le Tribunal fédéral est toutefois le seul à être habilité à examiner la recevabilité des recours qui lui sont soumis (art. 29 al. 1 LTF).

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