

# **BVGer A-631/2024 vom 20. August 2024**

Bundesverwaltungsgericht, 2024-08-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-631\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-631_2024)

FR: TAF A-631/2024 du 20 août 2024

IT: TAF A-631/2024 del 20 agosto 2024

## **Regeste**

Principe de la transparence

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, à moins que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose autrement (cf. art. 2 al. 4 PA ; ég. art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (cf. art. 7 PA), ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

### **E. 1.2**

Conformément à l'art. 31 LTAF, le Tribunal administratif fédéral connaît, sous réserve des motifs d'exclusion énoncés à l'art. 32 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA, prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. Pour être recevable, le recours doit donc être dirigé contre une décision au sens de l'art. 5 PA. En l'espèce, le recourant a déposé un recours contre la lettre du 22 décembre 2023 du PFPDT. Celui-ci constitue une autorité précédente au sens de l'art. 33 let. d LTAF en lien avec l'annexe I/A/2 ch. 2.1.1 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA, RS 172.010.1), ce qui fonde sa compétence pour connaître du recours. Dès lors que l'accès au Tribunal de céans n'est pas ouvert contre n'importe quelle forme d'acte administratif et que celui-ci ne peut pas traiter de n'importe quelle question que les parties veulent lui soumettre, il convient d'examiner la nature de l'acte attaqué, à savoir si ce dernier, en l'occurrence la lettre du 22 décembre 2023 du PFPDT, est bien une décision au sens de l'art. 5 PA. En effet, comme on l'a vu plus haut, le Tribunal de céans se saisit des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA. Il conviendra donc de déterminer, s'agissant de la recevabilité du recours, si l'acte attaqué - en un domaine qui n'est pas exclu du recours au sens de l'art. 32 LTAF - doit être considéré comme une décision susceptible de recours au sens de l'art. 5 PA précité (cf. consid. 2 infra).

### **E. 1.3**

La qualité pour recourir du recourant doit être admise en vertu de l'art. 48 al. 1 PA, dès lors que, destinataire de ce qu'il soutient être une décision, il possède un intérêt à ce qu'il soit statué sur cette question par le Tribunal de céans.

### **E. 1.4**

Enfin, le recours a été déposé dans le délai (cf. art. 50 al. 1 PA en relation avec l'art. 22a al. 1 let. c PA) et les formes (cf. art. 52 al. 1 PA) prévus par la loi.

## **E. 2**

Il convient d'abord d'examiner si la lettre du 22 décembre 2023 du PFPDT attaquée par le recourant devant le Tribunal de céans constitue une décision au sens de l'art. 5 PA.

### **E. 2.1.1**

A l'appui de son recours, le recourant estime, au moins implicitement, que la lettre du 22 décembre 2023 du PFPDT est une décision susceptible de recours. Dans ses observations finales, il affirme qu'il s'agit bien d'une décision au sens de l'art. 5 PA.

### **E. 2.1.2**

Dans sa réponse au recours du 8 mai 2024, l'autorité inférieure relève en substance que le législateur ne lui a pas conféré la compétence de rendre des décisions et que, par conséquent, sa lettre du 22 décembre 2023 ne peut pas être considérée comme une décision au sens de l'art. 5 PA. Ainsi, de son point de vue, les conditions de recevabilité du recours ne sont pas remplies.

### **E. 2.2.1**

A teneur de l'art. 5 al. 1 PA, sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet : de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a) ; de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (let. b) ; de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c). L'art. 35 al. 1 PA précise par ailleurs que, même si l'autorité les notifie sous forme de lettre, les décisions écrites sont désignées comme telles, motivées, et indiquent les voies de droit. Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (cf. art. 38 PA).

### **E. 2.2.2**

En droit public, la notion de « décision » au sens large vise habituellement toute résolution que prend une autorité et qui est destinée à produire un certain effet juridique ou à constater l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'une obligation ; au sens étroit, c'est un acte qui, tout en répondant à cette définition, intervient dans un cas individuel et concret (cf. ATF 141 II 233 consid. 3.1). La notion de décision implique donc un rapport juridique obligatoire et contraignant entre l'autorité et l'administré (cf. ATF 141 I 201 consid. 4.2). En revanche, de simples déclarations, comme des opinions, des communications, des prises de position, des recommandations et des renseignements n'entrent pas dans la catégorie des décisions, faute de caractère juridique contraignant (cf. arrêts du TF 1C\_361/2019 du 7 janvier 2020 consid. 3.1.2 ; 1C\_593/2016 du 11 septembre 2017 consid. 2.2 ; 8C\_220/2011 du 2 mars 2012 consid. 4.1.2). Pour déterminer s'il y a ou non décision, il y a lieu de considérer les caractéristiques matérielles de l'acte. Un acte peut ainsi être qualifié de décision (matérielle), si, par son contenu, il en a le caractère, même s'il n'est pas intitulé comme tel et ne présente pas certains éléments formels typiques d'une décision, telle l'indication des voies de droit (cf. arrêts du TF 1C\_361/2019 précité consid. 3.1.2 ; 2C\_282/2017 du 4 décembre 2017 consid. 2.1 ; 1C\_532/2016 du 21 juin 2017 consid. 2.3.1 ; arrêt du TAF A-4539/2019 du 6 avril 2021 consid. 4.2.2). Concernant la condition des effets juridiques, il s'agit de se demander si le but de l'action de l'autorité est le règlement de la position juridique de l'intéressé, soit son organisation délibérée, expresse et contraignante (cf. arrêt du TAF A-4539/2019 précité consid. 4.2.2 ; A-6805/2009 du 9 septembre 2010 consid. 2 et les réf. cit.).

### **E. 2.2.3**

Selon la jurisprudence, les recommandations auxquelles aboutissent les médiations ne sont pas des décisions au sens de l'art. 5 PA (cf. arrêt du TAF A-741/2019 du 16 mars 2022 consid. 5.3.3 et les réf. cit.). S'agissant du commentaire de l'art. 14 LTrans, le Message du Conseil fédéral du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur la transparence dans l'administration indique que « [l]e Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence n'a pas de pouvoir de décision » (cf. FF [Feuille fédérale] 2003 1807, p. 1865 ; ci-après : Message LTrans). Le PFPDT n'a pas de compétence décisionnelle dans la procédure de médiation et dans la procédure d'accès en général (cf. Jürg Schneider/Florian Roth, in : Vasella/Blechta (édit.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 4e éd., 2024 [ci-après : BSK BGÖ 2024], n° 8 ad art. 13 LTrans). La PA n'est du reste pas applicable à la procédure de médiation (cf. Jürg Schneider/Florian Roth, in : BSK BGÖ 2024, n° 9 ad art. 13 LTrans ; Christine Guy Ecabert, in : Stephan C. Brunner/Luzius Mader [édit.], Öffentlichkeitsgesetz, Handkommentar, 2008 [ci-après : Handkommentar BGÖ], n° 12 ad art. 13 LTrans, qui précise que la procédure de médiation est régie de manière autonome par les art. 12 et 24 LTrans, ainsi que les art. 12 et 13 OTrans ; OFJ, Rapport explicatif OTrans du 24 mai 2006, état au 19 décembre 2023, p. 15). Dans le cadre d'une demande en médiation, le PFPDT ne dispose d'aucune base légale pour rendre une décision de non-entrée en matière (cf. Christine Guy Ecabert, in : Handkommentar BGÖ, n° 35 ad art. 13 LTrans) et si le PFPDT refuse d'entrer en matière sur une demande en médiation, il n'y a pas de recours possible (cf. Christine Guy Ecabert, in : Handkommentar BGÖ, n° 36 ad art. 13 LTrans).

### **E. 2.2.4**

Il existe cependant une exception. Le Tribunal de céans a en effet reconnu au PFPDT la compétence de rendre des décisions dans une constellation particulière, à savoir lorsqu'il est saisi d'une demande d'accès à ses propres documents officiels (cf. arrêts du TAF A-4781/2019 du 17 juin 2020 consid. 3 ss ; A-2564/2018 du 5 août 2020 consid. 2.4 [confirmé par l'arrêt du TF 1C\_500/2020 du 11 mars 2021, sans que ce point ne soit toutefois litigieux devant le TF] ; sur la question, voir aussi Jérôme Gurtner, La jurisprudence des tribunaux fédéraux relative à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration, in : plaidoyer 4/2022, p. 26-33, p. 29, ch. 3.3). Dans ce cas de figure, le PFPDT ne peut en effet pas cumuler dans la même procédure les fonctions de médiateur et d'autorité partie à la médiation. Le Tribunal de céans a constaté que le législateur n'avait pas envisagé une telle situation et qu'il fallait partir du principe qu'il s'agit d'une véritable lacune. Ainsi, dans ce cas spécifique, le PFPDT peut rendre une décision sans appliquer les art. 13 et 14 LTrans.

### **E. 2.2.5**

Dans un arrêt de 2020, le Tribunal fédéral a examiné la compétence de la Préposée cantonale fribourgeoise à la transparence et à la protection des données de rendre des décisions dans le cadre de la procédure de médiation, en application de la loi cantonale fribourgeoise du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf, RS/FR 17.5) (cf. arrêt du TF 1C\_353/2019 du 18 mars 2020). Cette affaire peut être résumée comme suit. En substance, malgré plusieurs convocations de la Préposée, un requérant ne s'était pas présenté à la séance de médiation, ce dernier considérant cette étape comme superflue. La Préposée avait alors constaté, par acte du 23 janvier 2019, que la requête formée par le requérant était retirée et que la procédure de médiation était considérée

comme close. Saisi d'un recours contre l'acte précité, le Tribunal cantonal l'avait rejeté (cf. Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019). Sur la forme, il avait jugé que le classement litigieux ne constitue nullement une décision formelle au sens de l'art. 4 du Code de procédure et de juridiction administrative du canton de Fribourg (CPJA, RS/FR 150.1), susceptible de recours, la Préposée ne disposant d'aucune compétence décisionnelle en vertu de la LInf ou de l'ordonnance cantonale sur l'accès aux documents (OAD, RS/FR 17.54). Il avait ensuite laissé indécise la question de savoir si le classement de la procédure pouvait faire l'objet d'un recours pour retard à statuer, considérant qu'il était quoi qu'il en soit compétent pour statuer sur un déni de justice qu'aurait commis « indirectement » l'autorité requise dans la phase de médiation devant la Préposée. Enfin, sur le fond, il avait retenu que c'est à juste titre que la Préposée avait classé la demande en médiation du recourant et qu'elle n'avait dès lors pas à rendre de recommandation. Le requérant a interjeté un recours au Tribunal fédéral contre l'arrêt précité, en faisant notamment valoir « que la décision de la Préposée du 23 janvier 2019 aurait dû être déclarée nulle, faute de toute compétence décisionnelle : la Préposée pourrait exclusivement rendre des recommandations » (cf. arrêt du TF 1C\_353/2019 précité consid. 2). Ce grief a été rejeté par le Tribunal fédéral. Il a retenu que le dépôt de la requête en médiation emporte la saisine du préposé et l'ouverture d'une procédure qui s'achève, dans les cas ordinaires, par un accord ou une recommandation. Il a ajouté que lorsqu'un accord intervient, il appartient au préposé d'en faire état par une décision de constatation acquérant force de chose jugée. En outre, toujours selon lui, lorsque la demande de médiation ne satisfait pas aux conditions de recevabilité posée par la loi (en particulier le délai de trente jours suivant la détermination de l'organe public - art. 33 al. 1 LInf et 14 al. 1 OAD), il appartient également au préposé de le constater par une décision mettant fin à sa saisine. Ainsi, le Tribunal fédéral a considéré que si le préposé ne rend pas de décision formatrice contraignante sur le fond de la cause (soit sur l'existence et l'étendue du droit d'accès), il peut être amené à statuer dans certains cas par voie décisionnelle, y compris lorsque la demande de médiation est retirée et qu'il convient à tout le moins d'en prendre acte (cf. arrêt du TF 1C\_353/2019 précité consid. 2.2). Sur le fond, les autres griefs invoqués par le requérant ont été écartés.

#### **E. 2.2.6**

L'arrêt du Tribunal fédéral précité a été commenté par Bernhard Waldmann. Celui-ci estime que le Tribunal fédéral a admis le caractère décisionnel d'une ordonnance de non-entrée en matière, sans analyser en détail la notion de décision (cf. Bernhard Waldmann, *Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten : Immer weiter weg vom ursprünglichen Konzept?*, in : RFJ [Revue Fribourgeoise de Jurisprudence] 2020 p. 1-23, p. 15 et la réf. cit.). Il souligne que ce résultat doit être considéré dans le contexte suivant : dans une procédure administrative, tant les ordonnances d'organisation de la procédure que les décisions de radiation du rôle ont un caractère décisionnel. Mais, selon lui, c'est oublier que la procédure de médiation ne constitue précisément pas une procédure administrative et qu'il peut y avoir, en dehors des procédures administratives formelles, des ordonnances sans caractère décisionnel. Il relève ainsi que si le législateur fribourgeois ne dote pas un organe étatique de compétences décisionnelles dans un contexte particulier ou exclut les procédures spéciales correspondantes du champ d'application du CPJA, les non-entrées en matière, les ordonnances d'organisation de la procédure et les décisions de radiation du rôle ne constituent pas non plus des décisions (incidentes), mais des ordonnances sans caractère décisionnel dans le cadre d'une procédure informelle régie par une loi spéciale.

### **E. 2.3.1**

En l'espèce, le Tribunal de céans est d'avis que la lettre du 22 décembre 2023 du PFPDT ne constitue pas une décision au sens de l'art. 5 PA. Il ressort en effet du Message LTrans, de la jurisprudence et de plusieurs avis exprimés par la doctrine que le PFPDT n'a pas de compétence décisionnelle dans la procédure de médiation et dans la procédure d'accès en général (cf. consid. 2.2.3 supra). La PA n'est pas non plus applicable dans la procédure de médiation, cette procédure étant exclusivement régie par les dispositions contenues dans la LTrans et l'OTrans. Cette position est partagée par le PFPDT lui-même qui indique dans sa réponse au recours du 8 mai 2024 que, faute de base légale, sa lettre ne peut pas être considérée comme une décision au sens de l'art. 5 PA.

### **E. 2.3.2**

On relèvera, à toutes fins utiles, que l'exception mentionnée plus haut, admise par le Tribunal de céans, selon laquelle le PFPDT est compétent pour rendre des décisions lorsqu'il est saisi d'une demande d'accès à ses propres documents officiels, n'est pas applicable en l'espèce (cf. consid. 2.2.4).

### **E. 2.3.3**

Certes, comme on l'a vu plus haut, le Tribunal fédéral a estimé dans un arrêt de 2020 que la Préposée cantonale fribourgeoise était compétente pour rendre des décisions dans le cadre de la procédure de médiation (cf. consid. 2.2.5). Cet arrêt ne modifie cependant pas la solution à laquelle le Tribunal de céans parvient, pour plusieurs raisons. D'une part, il ne faut pas perdre de vue que le Tribunal fédéral s'est prononcé dans cet arrêt sur la compétence décisionnelle de la Préposée cantonale fribourgeoise, en application du droit cantonal fribourgeois. Or, il existe des différences importantes entre la LTrans et les diverses lois cantonales sur l'information, de sorte que la solution retenue par le Tribunal fédéral dans cet arrêt n'est pas transposable au cas d'espèce, ce dernier étant régi par le droit fédéral, notamment la LTrans. On relèvera par ailleurs que les deux situations ne sont pas comparables. En effet, le Tribunal fédéral a retenu que le dépôt de la requête en médiation emporte la saisine du préposé et l'ouverture d'une procédure qui s'achève, dans les cas ordinaires, par un accord ou une recommandation. Or dans l'affaire jugée par le Tribunal fédéral, l'application de la LInf et la compétence de la Préposée pour conduire la procédure de médiation n'était pas contestée. Celle-ci était déjà ouverte. A l'inverse, dans le cas particulier, le PFPDT estime qu'il ne peut pas ouvrir la procédure de médiation, dans la mesure où la LTrans n'est pas applicable. Il s'agit de deux situations différentes. Enfin, le législateur peut ne pas avoir doté une autorité de compétences décisionnelles dans un contexte particulier ou exclu les procédures spéciales correspondantes du champ d'application de la procédure administrative (cf. consid. 2.2.6 et la position de Bernhard Waldmann à propos du canton de Fribourg). En droit fédéral, selon les avis exprimés dans la doctrine (cf. consid. 2.2.3 supra), ainsi que la position du PFPDT lui-même sur la question, on se trouve précisément dans la situation évoquée par l'auteur précité, à savoir que le PFPDT est dépourvu de compétence décisionnelle dans le cadre de la procédure de médiation.

### **E. 2.3.4**

Comme on l'a vu plus haut, la notion de décision implique un rapport juridique obligatoire et contraignant entre l'autorité et l'administré (cf. consid. 2.2.2). Dès lors que le PFPDT est dépourvu de compétence décisionnelle dans le cadre de la procédure de médiation, celui-ci

estime qu'il pouvait uniquement communiquer sa position au recourant, à savoir l'informer qu'il considérait que la société C. \_\_\_\_\_ n'a pas la compétence d'édicter des actes ou de rendre des décisions au sens de l'art. 5 PA, que la LTrans n'est par conséquent pas applicable à ladite société et qu'il ne peut ainsi pas se saisir de la demande en médiation du recourant.

#### **E. 2.3.5**

On relèvera également que le recourant aurait pu procéder différemment. En effet, si celui-ci estimait, après avoir reçu la lettre du PFPDT, que la société C. \_\_\_\_\_, en mains de laquelle les documents qu'il sollicite sont détenus, est soumise à la LTrans, il aurait dû s'adresser directement à la société en question pour lui demander de rendre une décision au sujet de sa demande d'accès, toujours dans l'hypothèse où il considère que celle-ci est soumise à la LTrans. Il aurait ensuite pu contester cet acte devant le Tribunal de céans, au lieu d'attaquer la lettre du PFPDT qui n'est pas une décision, ladite autorité étant dépourvue de compétence décisionnelle.

#### **E. 2.3.6**

On soulignera enfin que des auteurs de doctrine, qui se réfèrent à une recommandation du PFPDT du 28 novembre 2008, indiquent que si les parties s'opposent concernant la question de savoir si la LTrans est applicable à l'accès aux documents concernés, la procédure de médiation doit se conclure par une recommandation, même si le PFPDT partage l'avis de l'autorité et recommande donc le refus de l'accès. Ils ajoutent que ce n'est qu'ainsi que le demandeur a la possibilité d'obtenir une décision attaquable (cf. Jürg Schneider/Florian Roth, in : BSK BGÖ 2024, n° 29 ad art. 2 LTrans). Sans préjuger de la meilleure approche à privilégier dans ce genre de situation par le PFPDT, le Tribunal de céans se demande s'il n'aurait pas été plus judicieux que le PFPDT, au lieu d'adresser une lettre intitulée « non-entrée en matière » à un recourant non représenté par un mandataire professionnel qui pouvait aisément et par erreur interpréter cet acte comme étant une décision sujette à recours, transmette au recourant une recommandation dans laquelle il lui aurait indiqué qu'il ne pouvait pas procéder à la médiation demandée, dans la mesure où il estime que la société C. \_\_\_\_\_ n'est pas soumise à la LTrans. Le PFPDT aurait aussi pu ajouter que sa lettre n'était pas une décision sujette à recours et que si le recourant persistait à considérer que la société C. \_\_\_\_\_ est soumise à la LTrans, il pouvait demander à celle-ci de prendre position par écrit et, le cas échéant, attaquer cet acte devant le Tribunal de céans. La solution exposée ci-dessus semble plus conforme au système voulu par le législateur. Il est en effet particulier que le PFPDT adresse au recourant un acte intitulé « non-entrée en matière », lequel laisse faussement penser qu'il met un terme de manière contraignante à la procédure d'accès, et qu'il s'agirait d'un acte attaquable, alors que le PFPDT n'est précisément pas habilité à rendre des décisions dans le cadre de cette procédure. Un acte intitulé « Recommandation », même si le PFPDT arrive à la conclusion que la LTrans n'est pas applicable, permettrait plus aisément aux justiciables de comprendre que l'acte en question n'équivaut pas à une décision de non-entrée en matière et que la procédure devant le PFPDT est terminée.

#### **E. 2.3.7**

Il découle de ce qui précède que l'acte attaqué par le recourant n'est pas une décision au sens de l'art. 5 PA, ce qui signifie que le Tribunal de céans ne peut pas entrer en matière sur le recours. Pour ces motifs, le recours devrait être déclaré irrecevable.

### **E. 3**

A titre subsidiaire, on peut se demander si la lettre du 22 décembre 2023 du PFPDT ne doit pas être considérée comme un acte matériel au sens de l'art. 25a PA, comme évoqué par le PFPDT dans sa réponse au recours, et s'il faut admettre que le recours est ouvert contre le fait que l'autorité inférieure indique au recourant ne pas entrer en matière sur sa demande en médiation.

#### **E. 3.1.1**

La procédure instaurée par la LTrans doit être envisagée dans sa globalité (cf. arrêt du TAF A-75/2009 du 16 avril 2009 consid. 4.3). Elle forme un tout, qui a pour but le prononcé d'une décision sur la question de l'accès à certains documents. Le législateur a expressément prévu à cette fin différentes étapes, comprenant l'intervention de deux entités. Il s'agit de l'autorité qui est en possession des documents dont la consultation est requise, en l'occurrence la société C.\_\_\_\_\_, et du PFPDT. En principe, il est essentiel, en application de la LTrans, que le PFPDT procède à la médiation et, en cas d'échec de celle-ci, établisse sa recommandation, et ce dans le délai légal. Ce n'est qu'après cette étape que la société C.\_\_\_\_\_, saisie d'une demande du recourant, pourra répondre à la question de savoir si un accès aux documents litigieux est admissible. La situation du cas d'espèce est toutefois particulière, dans la mesure où le PFPDT considère que la LTrans n'est pas applicable en l'espèce. Dès lors que le PFPDT n'est pas entré en matière sur la demande en médiation du recourant, la société C.\_\_\_\_\_ n'a pas pu rendre une telle décision, en admettant que celle-ci soit habilitée à rendre des décisions, ce qui est litigieux. Ainsi, en suivant la procédure habituelle, c'est l'acte rendu par la société C.\_\_\_\_\_ qui aurait dû faire l'objet d'un recours devant le Tribunal de céans. La procédure a toutefois été stoppée par l'acte de non-entrée en matière émis par l'autorité inférieure.

#### **E. 3.1.2**

Les actes dits matériels (Realakte ou Tathandlungen) de l'autorité sont ceux qui n'ont pas pour objet de régler de façon obligatoire la situation juridique de l'administré. Ces actes forment une catégorie très hétéroclite comprenant notamment les activités matérielles qui servent directement à l'accomplissement des tâches de fait de l'administration (cf. Pierre Moor/Etienne Poltier, Droit administratif, volume II, 2011, p. 27 ss ; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e éd. 2020, n° 1408 ss ; ATF 144 II 233). Le Tribunal de céans a retenu que la recommandation que doit établir le PFPDT selon l'art. 14 LTrans entre dans cette définition et constitue un acte matériel (sur ce dernier point, cf. arrêt du TAF A-75/2009 précité consid. 4.4).

#### **E. 3.1.3**

Selon la volonté du législateur, telle qu'elle ressort des travaux préparatoires, l'art. 25a PA vise en tout cas à tenir compte de la garantie de l'accès au juge prévue à l'art. 29a de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (Cst., RS 101) (cf. Isabelle Häner, in : Waldmann/Krauskopf [édit.], VwVG - Praxiskommentar Verwaltungsver-fahrensgesetz [ci-après : Praxiskommentar VwVG], 3e éd. 2023, n° 2 ad art. 25a PA et les réf. cit.).

#### **E. 3.2.1**

En l'espèce, le Tribunal de céans considère qu'il est douteux que la lettre du 22 décembre 2023 du PFPDT puisse être considérée comme un acte matériel au sens de l'art. 25a PA. Il

est toutefois inutile d'examiner cette question de manière approfondie, dans la mesure où la procédure prévue à l'art. 25a al. 2 PA n'a pas été suivie. En effet, si l'objectif de l'art. 25a PA est d'élargir l'objet de la contestation de la décision, qui est étroitement défini, il ne s'écarter en revanche pas de la procédure de contestation, puisque l'autorité doit statuer par décision selon l'art. 25a al. 2 PA (cf. Isabelle Häner, in : Praxiskommentar VwVG, n° 3 ad art. 25a PA). Or, en l'occurrence, force est d'admettre que le PFPDT ne pouvait pas lui-même statuer au sens de l'art. 25a al. 2 PA, dès lors que, comme on l'a vu plus haut (cf. consid. 2), la PA ne s'applique pas à lui dans le cadre de la procédure de médiation et d'accès en général. Ainsi, dans le cas d'espèce, la seule autorité habilitée à rendre une décision au sens de l'art. 25a al. 2 PA aurait vraisemblablement été la Chancellerie fédérale. Dans ces circonstances, il est incontestable que la procédure exigée par l'art. 25a PA n'a pas été suivie par le recourant, ce que le Tribunal de céans ne peut que constater.

### **E. 3.2.2**

Au vu de ce qui précède, le Tribunal de céans ne peut pas entrer en matière sur le recours, dans la mesure où la lettre du 22 décembre 2023 du PFPDT n'est pas un acte attaquant. Le recours est par conséquent irrecevable.

## **E. 4**

Malgré le fait que le recourant a contesté un acte non attaquant et que le Tribunal de céans ne peut par conséquent pas entrer en matière sur son recours et examiner le fond du litige (cf. consid. 2 et 3 supra), le Tribunal est néanmoins d'avis qu'il est nécessaire d'apporter des précisions supplémentaires au recourant concernant le champ d'application de la LTrans, à plus forte raison dans la mesure où celui-ci n'est pas représenté par un mandataire professionnel. Pour les raisons qui seront exposées plus bas, le Tribunal de céans considère que c'est à juste titre que le PFPDT est arrivé à la conclusion, dans sa lettre du 22 décembre 2023, que la société C. \_\_\_\_\_ n'est pas soumise au champ d'application à raison de la personne de la LTrans.

### **E. 4.1.1**

Au sens de l'art. 2 al. 1 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 LTrans, 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 (cf. FF 2003 1807, p. 1830 ; voir également Christa Stamm-Pfister, in : BSK BGÖ 2024, n° 17 ad art. 2 LTrans). 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 qui sont en rapport direct avec une procédure aboutissant à une décision au sens de l'art. 5 PA (cf. FF 2003 1807, p. 1830 ; arrêt du TF 1C\_532/2016 précité consid. 2.3). Le Message LTrans mentionne notamment le Fonds national suisse de la recherche scientifique (FNS), Pro Helvetia, les Chemins de fer fédéraux (CFF), la Poste Suisse, la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA) et la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR) (cf. FF 2003 1807, p. 1830). En revanche, les cantons n'entrent pas dans le champ d'application de la LTrans, même lorsqu'une tâche publique de la Confédération leur

a été confiée (cf. FF 2003 1807, p. 1829).

#### **E. 4.1.2**

La notion d'édiction d'actes qui se trouve à l'art. 2 al. 1 let. b LTrans ne figurait pas dans le projet du Conseil fédéral ; elle a été ajoutée lors des travaux parlementaires (cf. BO 2003 E 1138). Lors des travaux parlementaires au Conseil des Etats, Jean Studer avait souligné que la LTrans s'applique aux organismes publics ou privés chargés d'appliquer le droit fédéral « dans la mesure où ils édictent des actes ou rendent en première instance des décisions ». Il avait ajouté que « la définition qui est ainsi donnée circonscrit d'une manière extrêmement précise l'étendue possible du principe de transparence, qui est donc limitée à l'édiction d'actes ou à des prises de décision [...], et ce pour autant, encore une fois, que ces actes ou ces décisions soient des décisions au sens de la loi sur la procédure administrative, à savoir des décisions basées sur le droit public » (cf. BO 2004 E 592). Selon la doctrine, la notion d'actes doit être comprise au sens large et englobe les instruments fixant des règles de droit tels que les ordonnances, les tarifs et les règlements (cf. Christa Stamm-Pfister, in : BSK BGÖ 2024, n° 19 ad art. 2 LTrans). Un auteur mentionne les deux exemples suivants (cf. Thomas Sägerser, in : Handkommentar BGÖ, n° 33 ad art. 2 LTrans). Le premier concerne la Société suisse de crédit hôtelier dont la loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'encouragement du secteur de l'hébergement prévoit qu'elle peut percevoir des émoluments (RS 935.12 ; art. 10). Le second a trait à la Poste Suisse qui peut fixer les tarifs des lettres du service réservé selon la loi du 17 décembre 2010 sur la poste (LPO, RS 783.0 ; art. 18 al. 3).

#### **E. 4.1.3**

Le Tribunal fédéral a retenu que dans la mesure où le FNS rend en première instance des décisions, il est soumis à la LTrans, conformément à l'art. 2 al. 1 let. b LTrans. Le droit d'accès s'applique ainsi aux documents officiels présentant un lien direct avec la procédure de décision en matière de demandes de subvention (cf. ATF 147 II 137 consid. 3). Dans un autre arrêt, il a considéré que la société Swissgrid SA rendait des décisions au sens de l'art. 5 PA lorsqu'elle accordait la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC), et que la LTrans s'appliquait (cf. arrêt du TF 1C\_532/2016 précité).

#### **E. 4.1.4**

Selon l'art. 5 al. 1 LApEl, les cantons désignent les zones de desserte des gestionnaires de réseau opérant sur leur territoire. Une zone de desserte recouvre, en principe, le secteur géographique dans lequel les consommateurs finaux d'une région sont reliés au réseau d'un gestionnaire de réseau. L'attribution d'une zone de desserte doit reposer sur le droit cantonal, étant précisé que les cantons peuvent déléguer ladite attribution aux communes (cf. Message 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 2005 1493, p. 1528). Aux termes de l'art. 6 al. 3 LApEl, les gestionnaires d'un réseau de distribution fixent dans leur zone de desserte un tarif uniforme pour les consommateurs captifs raccordés au même niveau de tension et présentant les mêmes caractéristiques de consommation. Il prévoit encore que les tarifs sont valables pour un an au moins et font l'objet d'une publication présentant séparément l'utilisation du réseau, la fourniture d'énergie, les redevances et les prestations fournies à des collectivités publiques.

#### **E. 4.2.1**

En l'espèce, indépendamment du champ d'application de la LTrans, le Tribunal de céans constate au préalable qu'il ressort du dossier que le recourant a adressé à la société

C.\_\_\_\_\_ une liste de questions (cf. Faits, let. A et C supra), en invoquant la LTrans, alors que le droit d'accès selon cette loi porte uniquement sur des documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans. Le droit d'accès au sens de la LTrans ne porte ainsi en aucun cas sur des renseignements ou des informations.

#### **E. 4.2.2**

Ensuite, concernant le champ d'application de la LTrans, il convient de relever que C.\_\_\_\_\_ est une entreprise d'approvisionnement en énergie de droit privé, dont le siège est à \*\*\*. Selon un document intitulé « Corporate Governance », consultable sur son site Internet, elle indique être détenue à 81,1 % par la société D.\_\_\_\_\_, à 11,3 % par le secteur public de Suisse centrale, ainsi qu'à 7,6 % par d'autres actionnaires non spécifiés (cf. \*\*\*). Elle précise par ailleurs qu'elle approvisionne en électricité 75 communes lucernoises (cf. \*\*\*). Au vu de ce qui précède, dès lors que le champ d'action de C.\_\_\_\_\_ est géographiquement limité à la zone de desserte qui lui a été octroyée par le canton de Lucerne, respectivement par ses communes, et ne s'étend pas au niveau national, ladite société ne tombe de toute évidence pas dans le champ d'application de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans. En effet, si la loi mentionne des « organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale [...] », ces dernières doivent au moins accomplir des tâches publiques au niveau fédéral. On remarquera que tous les exemples mentionnés dans le Message LTrans concernent des organismes ou des personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale qui déploient une activité au niveau national (cf. consid. 4.1.1). Dans le même ordre d'idée, la société Swissgrid SA, dont le Tribunal fédéral a considéré qu'elle rendait des décisions, est notamment chargée de l'exploitation et de la surveillance du réseau en Suisse (cf. arrêt du TF 1C\_532/2016 précité consid. 2.2.1). Dès lors que C.\_\_\_\_\_ est délégataire d'une tâche d'intérêt public, au niveau cantonal, sur la base d'une concession octroyée par le canton de Lucerne, respectivement par ses communes, et que le consommateur final se trouve également dans ce canton, on ne voit pas quel serait le rattachement de cette société au niveau fédéral qui justifierait l'application de la LTrans. De l'avis du Tribunal de céans, le fait que la société soit soumise à la LApEl et à la surveillance de la Commission fédérale de l'électricité (ci-après : l'ElCom) n'est en soit pas suffisant pour considérer qu'elle tombe dans le champ d'application de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans. C'est en effet bien le canton de Lucerne qui a confié une tâche d'intérêt public à la société C.\_\_\_\_\_. On relèvera encore que le recourant a indiqué dans ses observations finales avoir déposé deux autres demandes d'accès dans le cadre de procédures cantonales. Celles-ci concernaient deux entreprises d'électricité actives respectivement dans les cantons de Vaud et du Valais et portaient sur les mêmes informations que celles demandées à C.\_\_\_\_\_. Dans ces deux cas, le recourant n'a pas déposé sa demande de médiation à l'autorité inférieure, mais bien aux autorités cantonales compétentes, à savoir les Préposés cantonaux vaudois et valaisan. Dans la procédure cantonale vaudoise, les juges cantonaux ont considéré que l'entreprise d'électricité vaudoise est soumise à la loi vaudoise du 24 septembre 2002 sur l'information (LInfo ; RS/VD 170.21), dans la mesure où les données demandées sont détenues par une autorité vaudoise ou par une personne morale délégataire d'une tâche publique cantonale ou communale (cf. arrêt de la CDAP GE.2023.0217 du 5 mars 2024 consid. 1). Il est intéressant de souligner que la LInfo prévoit que celle-ci est applicable « aux personnes physiques et morales auxquelles le canton ou une commune confie des tâches publiques » (cf. art. 2 al. 1 let. f LInfo). Ainsi, contrairement à la LTrans, la loi vaudoise n'exige pas que l'autorité rende des décisions. On voit également, toujours selon la loi vaudoise, qu'il doit exister un lien entre

l'entreprise et le canton de Vaud. C'est précisément ce lien qui fait défaut entre la société C.\_\_\_\_\_ et la Confédération. La société C.\_\_\_\_\_ n'est en effet délégataire d'aucune tâche d'intérêt public liée à la Confédération. Comme on l'a vu plus haut, la société C.\_\_\_\_\_ est en revanche rattachée au canton de Lucerne et au droit cantonal lucernois. Il découle de ce qui précède que c'est à juste titre que le PFPDT a estimé que la société C.\_\_\_\_\_ ne tombe pas dans le champ d'application de la LTrans.

#### **E. 4.2.3**

A titre superfétatoire, on relèvera que les autres conditions de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans ne sont pas réunies, contrairement à ce que soutient le recourant dans son recours. Il est évident que la société C.\_\_\_\_\_ ne rend pas des décisions au sens de l'art. 5 PA. En effet, comme l'a relevé à juste titre l'autorité inférieure dans ses écritures, seule l'EiCom dispose de la compétence de rendre en première instance des décisions au sens de l'art. 5 PA (cf. art. 22 al. 2 let. a et b LApEI) en lien avec la fixation des tarifs dans le cadre de l'approvisionnement de base. Le recourant ne prétend du reste pas que ladite société rend des décisions ; il prétend uniquement qu'elle édicterait des actes au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans. De l'avis du Tribunal de céans, la société C.\_\_\_\_\_ n'édicte aucun acte au sens de la PA. Elle est certes tenue à un devoir d'information ; elle doit rendre facilement accessibles les informations nécessaires à l'utilisation du réseau et publier les tarifs correspondants, le montant annuel de la rémunération pour l'utilisation du réseau, les tarifs d'électricité, les exigences techniques et les exigences d'exploitation minimales ainsi que les comptes annuels (cf. art. 12 al. 1 LApEI). Ce devoir ne correspond cependant pas à la notion d'édiction d'acte au sens de l'art. 5 PA, mais aux conditions normales de toute activité concédée.

#### **E. 4.2.4**

En résumé, c'est à juste titre que l'autorité inférieure a retenu dans sa lettre du 22 décembre 2023, ainsi que dans sa réponse au recours, que la société C.\_\_\_\_\_ n'est pas soumise au champ d'application à raison de la personne de la LTrans.

#### **E. 5**

Il découle des considérants 2 et 3 ci-dessus que le recours interjeté par le recourant contre la lettre du 22 décembre 2023 du PFPDT est irrecevable. En effet, le Tribunal de céans a retenu que le PFPDT n'est pas habilité à rendre des décisions au sens de l'art. 5 PA dans le cadre de la procédure de médiation et d'accès en général.

#### **E. 6**

Il demeure à examiner la question des frais et des dépens.

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

Succombant, le recourant doit supporter les frais judiciaires (cf. art. 63 al. 1 PA), arrêtés à 1'500 francs et prélevés sur l'avance de frais de 1'500 francs déjà versée.

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

Vu l'issue du litige, il n'est pas alloué de dépens (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 et 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). (le dispositif est porté à la page suivante)

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