

# **EDOEB recommandation-du-9-juillet-2014-swissgrid-sa-liste-de s-bénéficiaires-et-liste-d-2014-07-09 vom 9. Juli 2014**

EDÖB, 2014-07-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/edoeb\\_recommandation-du-9-juillet-2014-swissgrid-sa-liste-des-bénéficiaires-et-liste-d-2014-07-09](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/edoeb_recommandation-du-9-juillet-2014-swissgrid-sa-liste-des-bénéficiaires-et-liste-d-2014-07-09)

FR: EDOEB

recommandation-du-9-juillet-2014-swissgrid-sa-liste-des-bénéficiaires-et-liste-d-2014-07-09 du 9 juillet 2014

IT: EDOEB

recommandation-du-9-juillet-2014-swissgrid-sa-liste-des-bénéficiaires-et-liste-d-2014-07-09 del 9 luglio 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3), la demanderesse a déposé, par courrier du 16 août 2012 adressé à Swissgrid SA, une demande d'accès concernant « la liste des personnes morales ou physiques admises à la RPC[1] ainsi que celles figurant sur la liste d'attente ». Swissgrid SA est la « société nationale du réseau de transport » instituée par les art. 18 à 20 de la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (LApEl, RS 734.7).

### **E. 2**

Le 28 août 2012, Swissgrid SA a refusé vis-à-vis de la demanderesse de donner accès aux dites listes, arguant que « Swissgrid SA est une société anonyme, donc privée. Il est évident qu'elle n'appartient pas à l'administration fédérale. La Loi sur la transparence s'applique également aux organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à

1 Selon l'Office fédéral de l'énergie (OFEN), « la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) est un instrument de la Confédération servant à promouvoir la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables. La RPC compense la différence entre le montant de la production et le prix du marché, garantissant ainsi aux producteurs de courant renouvelable un prix qui correspond à leurs coûts de production. La RPC est prévue pour les technologies suivantes: la force hydraulique (jusqu'à 10 mégawatts), le photovoltaïque, l'énergie éolienne, la géothermie, la biomasse et les déchets qui en proviennent. Le fonds RPC est alimenté par tous les consommateurs de courant qui paient une taxe pour chaque kilowattheure utilisé », (dernière consultation le 12 juin 2014).

2/13

l'administration fédérale, dans la mesure où ils édictent des actes ou rendent en première instance des décisions au sens de l'art. 5 de la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (art. 2 al. 1 let. b LTrans). Conformément à la décision 941-09-037 de l'ElCom du 12 mai 2011, p. 5 ss réf. 21 ss (consultable sur le site internet de l'ElCom[2]), il n'est pas dans le pouvoir de Swissgrid SA de rendre des décisions sur l'autorisation de rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC). Par conséquent, en ce qui concerne la RPC, Swissgrid SA n'est pas en mesure d'édicter des actes ou de rendre des décisions selon l'art. 5 de la Loi fédérale sur la procédure administrative. Contrairement à votre avis, la Loi

sur la transparence ne s'applique donc pas à Swissgrid SA. Plutôt, ce sont les dispositions sur la protection des données qui s'appliquent (cf. art. 3s al. 1 de l'Ordonnance sur l'énergie (OEne ; RS 730.01) datant du 7 décembre 1998) ».

### **E. 3**

La demanderesse a déposé une demande en médiation par courrier recommandé du 18 septembre 2012, parvenu au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé) le 19 septembre 2012.

### **E. 4**

Le 20 septembre 2012, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation par courrier. Le même jour, il a informé Swissgrid SA du dépôt de la demande en médiation par courrier électronique et lui a imparti un délai de 10 jours pour lui transmettre une copie du dossier complet ainsi qu'une prise de position.

### **E. 5**

Par courrier électronique du 28 septembre 2012, le Préposé a accordé une prolongation du délai à Swissgrid SA jusqu'au 20 octobre 2012.

### **E. 6**

Par courrier du 19 octobre 2012, parvenu au Préposé le 22 octobre 2012, Swissgrid SA a affirmé qu'elle n'est pas une autorité mais une entreprise privée qui ne figure ni dans l'annexe 1 (liste des unités de l'administration fédérale) ni dans l'annexe 2 (commissions extraparlimentaires) de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA, RS 172.010.1) et, en conséquence, qu'elle ne fait pas partie de l'administration fédérale au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LTrans. De plus l'entreprise a soutenu ne pas posséder de pouvoir décisionnel en matière de RPC, conformément à une décision de l'EICom (941-09-037 du 12 mai 2011, p. 5 ss, ch. 21 ss3). Pour appuyer son argumentation, elle a renvoyé à l'art. 25 al. 1bis de la loi sur l'énergie (LEne, RS 730.0) qui prévoit que l'EICom statue sur les conflits en matière de RPC. Swissgrid SA a attesté qu'elle n'a pas le pouvoir de rendre des décisions selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) et donc qu'elle n'est pas soumise à la loi sur la transparence au sens de l'art. 2 al.1 let. b LTrans. En conclusion, Swissgrid SA a certifié qu'elle n'a pas violé la loi sur la transparence en refusant l'accès aux documents réclamés par la demanderesse. Swissgrid SA a ajouté qu'elle doit respecter les règles de la loi fédérale sur la protection des données (LPD, RS 235.1) conformément à l'art. 3s al. 1 et 2 de l'ordonnance sur l'énergie (OEne, RS 730.01). Ainsi, puisque les listes réclamées par la demanderesse contiennent des données personnelles, elle ne peut pas permettre leur accès. Finalement, la société a rappelé que son site internet contient des données statistiques générales sur le thème de la RPC. Swissgrid SA n'a pas transmis au Préposé les listes réclamées par la demanderesse.

### **E. 7**

Le 25 octobre 2012, le Préposé a adressé un courrier à l'OFEN lui exposant la problématique de l'affaire en cause et lui demandant de bien vouloir rédiger une prise de position concernant la question de l'assujettissement de Swissgrid SA à la loi sur la transparence.

2 Décision de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom) du 12 mai 2011 (941-09-037), consid. 1.2, ch. 21 ss. (dernière consultation le 13 juin 2014). 3 Ibid.

3/13

#### **E. 8**

Le 14 novembre 2012, la même possibilité a été offerte à l'ElCom.

#### **E. 9**

Par courrier électronique du 16 novembre 2012, l'OFEN a transmis sa prise de position au Préposé. L'office a émis l'avis que Swissgrid SA est soumise à la loi sur la transparence. Comme arguments, il a avancé que, malgré le manque d'une délégation formelle de compétence décisionnelle, Swissgrid SA exerce son activité comme une autorité : « Elle n'agit pas en son propre compte, et notamment pas avec ses propres fonds. Les exploitants de réseau sont certes tenus, selon l'art. 7a LENE, d'accepter le courant des producteurs inscrits pour la RPC et de les rétribuer. Mais ce n'est justement pas l'ensemble de la rétribution (par producteur) qui importe pour le régime de la RPC, l'essentiel et ce qui fonde la réglementation dans le LENE c'est la différence entre la rétribution garantie (fixée dans l'ordonnance) et un prix inférieur du marché (art. 15b al. 1 let. a, LENE). Les fonds nécessaires pour financer cette différence (et non la totalité de la rétribution) sont générés par une taxe reportée sur les consommateurs finaux (supplément prévu à l'art. 15b LENE). Ce système doit permettre d'encourager les énergies renouvelables. De nombreuses décisions sont à prendre (par swissgrid, aux termes de l'OEne), p. ex. pour définir qui peut participer au système d'encouragement, par quelles installations et à quelles conditions. Ces décisions, ou mesures, revêtent un caractère de puissance publique, avant tout parce qu'il s'agit d'un système d'encouragement [...] et parce que des fonds pour ainsi dire publics (provenant d'une taxe) sont distribués ». L'OFEN a ajouté qu'il est évident que les décisions de Swissgrid SA sont contraignantes : « Les producteurs auxquels la RPC a été octroyée ont droit à une rétribution fixe durant de longues années (20 ou 25 ans). La société swissgrid peut aussi modifier avec force obligatoire le rapport à la RPC, et révoquer par exemple son accord au motif d'un non-respect des délais ou des exigences minimales (cf. l'art. 3hbis al. 2 et l'art. 3quinquies al. 2, OEne ; l'art. 3hbis al. 1 OEne s'appuie même explicitement sur le caractère obligatoire). La compétence que l'art. 25 al. 1bis LENE accorde à l'ElCom ne change rien non plus au caractère contraignant des décisions de swissgrid. Dans plus de 90% des cas (où swissgrid rend une décision), l'ElCom n'est pas sollicitée ou ne rend pas de décision. Si swissgrid ne décidait pas avec force obligatoire, tous ces cas donneraient lieu, durant des années, au passage de grosses sommes d'argent dans le système de la RPC sans réel titre juridique (en 2011, plus de 90 millions de CHF ont été versés aux producteurs à titre de rétribution) ».

#### **E. 10**

Par courrier du 14 décembre 2012, parvenu le 17 décembre 2012 au Préposé, l'ElCom a émis sa position concernant la présente affaire et a suivi le même raisonnement que ses décisions du 12 mai 2011 (941-09-037, consid. 1.2, ch. 24 ss.)<sup>4</sup> et du 9 juin 2011 (941-09-008, consid. 1.2, ch. 20 ss.)<sup>5</sup> : « swissgrid SA ne dispose d'aucune compétence décisionnelle concernant l'octroi de la RPC ». La Commission a concédé que les tâches assumées par Swissgrid SA sont d'intérêt public (encouragement des énergies indigènes et renouvelables) mais elle a ajouté qu'aucune tâche dans ce domaine n'a été dévolue à l'Etat. La Commission a précisé qu'« aucune loi du point de vue formel n'a conféré à swissgrid SA

des tâches administratives et des compétences décisionnelles en matière de communication des décisions ». Ensuite l'EICom a fait référence à des décisions du Tribunal administratif fédéral (TAF) qui ont tranchés le rôle de Swissgrid SA dans la problématique de la RPC et lui ont approuvé le rôle de partie intimée mais nié la capacité de rendre des décisions pour la fixation des tarifs pour les services- système des réseaux de distribution et de transports (arrêts A-4065/2011 consid. 4 ; A-3505/2011 et A-3516/2011 consid. 5.4 et 5.5). Puis, l'EICom a précisé que « le rôle de swissgrid SA en matière de RPC n'est décrit de manière détaillée qu'aux art. 3g ss. de l'ordonnance sur l'énergie (OEne, RS 730.01). [...] Rien n'indique que le choix du terme de

4 Ibid., consid. 1.2, ch. 24 ss. 5 Décision de l'EICom du 9 juin 2011 (941-09-008), consid. 1.2, ch. 20 ss.

4/13

« décision » devait conférer à la société nationale du réseau de transport une compétence décisionnelle. Au contraire, en choisissant d'utiliser le terme « litiges » à l'art. 25, al. 1bis LEne, par analogie aux termes retenus à l'art. 22, al. 2, let. a LApEI, à l'art. 40 de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer, LCdF ; RS 742.101 et à l'art. 11a de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications, LTC ; RS 784.10, la volonté du législateur doit être interprétée comme permettant dans ce domaine à l'EICom d'édicter en première instance des décisions au sens de l'art. 5 PA ».

#### **E. 11**

Les autres explications de la demanderesse et de Swissgrid SA ainsi que les documents déposés sont pris en compte, dans la mesure où cela s'avère nécessaire, dans les considérants ci-après. II. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence considère ce qui suit : A. Considérants formels : Médiation et recommandation selon l'art. 14 LTrans

#### **E. 12**

En vertu de l'art. 13 LTrans, toute personne peut déposer une demande en médiation lorsque sa demande d'accès à des documents officiels est limitée, différée ou refusée, ou lorsque l'autorité n'a pas pris position sur sa demande dans les délais impartis par la loi.

#### **E. 13**

Le Préposé n'agit pas d'office, mais seulement sur la base d'une demande déposée par écrit 6. Toute personne qui a pris part à une procédure de demande d'accès à des documents officiels est habilitée à introduire une demande en médiation. La forme écrite simple suffit. La demande doit spécifier que l'affaire est confiée au Préposé. Elle doit être remise dans les 20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité.

#### **E. 14**

La demanderesse a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de Swissgrid SA et a reçu une réponse négative. Etant partie à la procédure de demande d'accès, elle est légitimée à déposer une demande en médiation. Celle-ci a été remise au Préposé selon la forme prescrite et dans le délai légal.

#### **E. 15**

La procédure de médiation peut se dérouler par écrit ou par oral (en présence de tous les intéressés ou de certains d'entre eux), sous l'égide du Préposé. C'est à lui qu'il incombe de

fixer les modalités<sup>7</sup>.

#### **E. 16**

Si la médiation n'aboutit pas ou si aucune solution consensuelle n'est envisageable, le Préposé est tenu par l'art. 14 LTrans de formuler une recommandation fondée sur son appréciation du cas d'espèce. B. Considérants matériels

#### **E. 17**

Selon l'art. 12 al. 1 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans, RS 152.31) le Préposé examine la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité. Il peut ainsi vérifier dans le cadre de la procédure de médiation si la demande d'accès a été traitée conformément à la loi par l'autorité. Ainsi, le Préposé vérifie notamment si l'autorité compétente dans le cadre d'une

6 Message LTrans, FF 2003 1864. 7 Message LTrans, FF 2003 1865.

5/13

demande d'accès a correctement appliqué les dispositions relatives à la notion de document officiel (art. 5 LTrans) ainsi que la clause d'exception (art. 7 s. LTrans), ou les dispositions relatives à la protection des données personnelles (art. 9 LTrans). Par ailleurs, il peut examiner, pour tous les domaines dans lesquels la loi sur la transparence confère un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité (p.ex. les modalités d'accès à des documents officiels) si la solution retenue par l'autorité est adéquate et proportionnée au vu des circonstances du cas d'espèce. Le Préposé peut faire des propositions dans le cadre de la procédure de médiation (art. 12 al. 2 OTrans) ou le cas échéant émettre une recommandation (art. 14 LTrans)<sup>8</sup>.

Champ d'application personnel :

#### **E. 18**

En premier lieu, Swissgrid SA argue que sa société n'entre pas dans le champ d'application personnel de l'art. 2 LTrans. Pour des raisons d'économie de procédure, le Préposé procède à l'analyse de ce grief avant toute autre question.

#### **E. 19**

L'art. 2 LTrans dispose que la loi sur la transparence s'applique à l'administration fédérale (let. a), 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), et aux services du Parlement (let. c). L'alinéa 2 de ce même article exclut du champ d'application de la loi, la Banque nationale suisse et l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers.

#### **E. 20**

Dans un premier temps, le Préposé va analyser si Swissgrid SA peut être considérée comme une entité de l'administration fédérale au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LTrans. Par administration fédérale, la loi sur la transparence entend la même notion que celle figurant à l'art. 178 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst, RS 101) et à l'art. 2 de la loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010)<sup>9</sup>. Selon l'art. 6 al. 1 OLOGA, l'administration fédérale comprend les unités

administratives centrales et décentralisées. Dans l'annexe 1 OLOGA on trouve la liste des unités administratives centralisées puis décentralisées et dans l'annexe 2 OLOGA la liste des commissions extraparlimentaires, avec leur rattachement à un département (art. 8 OLOGA). Cependant, le Tribunal administratif fédéral a déclaré que le champ d'application personnel de l'art. 2 LTrans devait être interprété de manière large<sup>10</sup>. Il a constaté qu'il ne devrait pas être possible que n'importe quel devoir administratif puisse échapper à la loi sur la transparence par une simple délégation de compétence<sup>11</sup>.

#### **E. 21**

Swissgrid SA, contrairement à l'OFEN, ne figure pas sur les listes de l'OLOGA. Cependant, l'Etat lui a dévolu des devoirs administratifs en matière de RPC, à savoir le traitement et l'analyse des annonces en lien avec la RPC afin de – si les conditions minimales d'obtention sont réunies – délivrer une décision positive au requérant lui permettant de percevoir la rétribution par la suite. En ce qui concerne la délégation de cette tâche publique, il n'existe pas un contrat de mandat formel entre l'OFEN et Swissgrid SA<sup>12</sup>, mais cela ressort clairement des

8 CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Eds.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, art. 13, N 8. 9 Message LTrans, FF 2003 1829. 10 Arrêt du TAF du 7 décembre 2011, A-1135/2011 consid. 4.2 ; ATF 136 II 399 consid. 2.1. 11 Arrêt du TAF du 7 décembre 2011, A-1135/2011 consid. 4.2. 12 OFEN et Interface Politikstudien Forschung Beratug/Ernst Basler + Partner AG/Université de Genève, Evaluation der kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV), juillet 2012, p. 40 (disponible uniquement en allemand) : [http://www.bfe.admin.ch/php/modules/publikationen/stream.php?extlang=de&name=de\\_913889099.pdf](http://www.bfe.admin.ch/php/modules/publikationen/stream.php?extlang=de&name=de_913889099.pdf) (dernière consultation le 13 juin 2014) ; Contrôle fédéral des finances (CDF), Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmässigkeit bei der kostendeckenden Einspeisevergütung, novembre 2011, p. 12 (disponible uniquement en allemand) : [http://www.efk.admin.ch/images/stories/efk\\_dokumente/publikationen/befreite\\_dokumente/23%20Bericht%2011329.pdf](http://www.efk.admin.ch/images/stories/efk_dokumente/publikationen/befreite_dokumente/23%20Bericht%2011329.pdf) 6/13

dispositions de l'ordonnance de la loi sur l'énergie (art. 3g ss. OEne)<sup>13</sup>. Selon l'art. 23 al. 3 OEne, l'OFEN est responsable de la surveillance de la bonne exécution des tâches dévolues notamment à Swissgrid SA<sup>14</sup>, et le Conseil fédéral doit approuver les statuts adoptés par Swissgrid SA (art. 19 LApEl).

#### **E. 22**

Dans le cas présent, vu le caractère central des tâches confiées à Swissgrid SA et le montant important des deniers publics alloués pour la RPC (plus de CHF 100 millions par an), il serait contraire à l'esprit de la loi sur la transparence que les documents officiels produits ou reçus par Swissgrid SA ne tombent pas sous le champ d'application de la loi sur la transparence. Si l'on considère qu'une surveillance des délégataires privés est si importante<sup>15</sup>, il est tout aussi essentiel que les documents officiels que ces entités privées détiennent soient soumis aux dispositions de la loi sur la transparence.

#### **E. 23**

En raison du fait que Swissgrid SA gère une tâche publique déléguée, le Préposé arrive à la conclusion que Swissgrid SA doit être qualifiée d'entité appartenant à l'administration fédérale au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LTrans et, de ce fait, rentre dans le champ d'application personnel de la loi sur la transparence.

#### **E. 24**

Dans le cas où Swissgrid SA ne pourrait pas être considérée comme une entité appartenant à l'administration fédérale au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LTrans, il convient, dans un deuxième temps, d'examiner si Swissgrid SA, dans le cadre de l'exécution de la tâche administrative qui lui a été déléguée, prend des décisions contraignantes sur la répartition de la RPC et donc, si elle tombe sous le champ d'application de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans. Selon cet article, la loi sur la transparence s'applique 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.

#### **E. 25**

Dès lors, il faut apprécier si cette société a la compétence de rendre des décisions au sens de l'art. 5 PA. Ce pouvoir ne ressort pas clairement des lois réglant le domaine de l'énergie et est discutée au sein de l'administration fédérale. Afin de définir si une telle compétence existe, il convient de procéder à l'analyse de tous les éléments pertinents.

#### **E. 26**

Il y a décision, au sens de l'art. 5 PA, lorsque, dans un cas d'espèce, une mesure est prise en s'appuyant sur le droit public fédéral et un rapport juridique s'en trouve réglé de manière unilatérale et contraignante<sup>16</sup>.

#### **E. 27**

Avant de passer en revue les différentes composantes de cette définition, il convient d'introduire l'origine ainsi que les tâches de Swissgrid SA.

#### **E. 28**

C'est une société anonyme au sens des art. 620 ss. du code des obligations (CO, RS. 220), ayant son siège à Frick. Ses diverses tâches sont énumérées à l'art. 20 LApEl. Il n'y est pas fait référence à la compétence en matière de RPC. Il convient donc de regarder dans la loi sur l'énergie et son ordonnance les dispositions réglant spécifiquement ce sujet.

(dernière consultation le 13 juin 2014). Cette situation est critiquable : OFEN, *ibid.*, pp. 41 et 42 ; CDF, *ibid.*, p. 13. 13 Message relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050, du 4 septembre 2013, p. 6843 : « La question de l'organisation de l'exécution et du Fonds n'est guerre régie par la loi à ce jour. La loi prévoit seulement que la Commission fédérale de l'électricité (EiCom) statue en cas de litige. L'exécution du système de rétribution de l'injection a par conséquent été transférée par voie d'ordonnance à la Société nationale du réseau de transport (Swissgrid) en 2009 lors de son lancement », (dernière consultation le 13 juin 2014). 14 OFEN, *ibid.* 15 CDF, *ibid.*, p. 41. 16 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3e éd., Berne 2009, p. 229.

7/13

#### **E. 29**

L'art. 7a LEne introduit le principe de la RPC mais n'arrête pas qui a l'aptitude de rendre des décisions dans ce domaine. Par contre, les art. 3g ss. OEne aménagent de manière détaillée la procédure à suivre.

#### **E. 30**

L'art. 3g OEné (procédures d'annonce et de décision auprès de la société nationale du réseau de transport) est particulièrement intéressant. L'alinéa 1 prévoit que la personne qui souhaite construire une nouvelle installation et obtenir une RPC doit annoncer son projet à la société nationale du réseau de transport (Swissgrid SA). Ensuite l'alinéa 3 précise que la société doit examiner si le projet remplit les conditions minimales d'obtention de la RPC contenues dans les appendices de l'OEné puis notifier le résultat de son examen au requérant par le biais d'une décision.

### **E. 31**

La version allemande, contrairement aux versions françaises (« décision ») et italiennes (« decisione »), n'emploie pas le terme équivalent « Verfügung » mais celui de « Bescheid », c'est-à-dire un avis. Selon le Tribunal administratif fédéral, il convient de donner la préférence à la version allemande et de retenir que l'EICOM est compétente pour rendre une décision de première instance en matière de RPC<sup>17</sup>. Le tribunal fonde son raisonnement sur une interprétation à la fois historique et systématique. Dans son considérant, il compare les textes allemand, italien et français que contenaient le projet de l'ordonnance sur l'énergie (« verbindlicher Bescheid » ; « avis contraignant » ; « preavviso vincolante ») aux textes effectivement adoptés (« Bescheid » ; « décision » ; « decisione ») et arrive à la conclusion que le projet de consultation ne donnait pas de compétence décisionnelle formelle à la société du réseau de transport, tout comme le texte allemand en vigueur. Il ajoute que les termes utilisés par les versions italiennes (« protezione giuridica ») et allemandes (« Rechtspflege ») du titre de l'art. 25 LEné donnant la compétence à l'EICOM de trancher en cas de litiges en matière de RPC concordent avec cette interprétation plutôt que la version française qui utilise le terme « voies de recours ».

### **E. 32**

Dans le cadre de la loi sur la transparence, d'autres éléments amènent le Préposé à une conclusion différente dans le cas présent.

### **E. 33**

Premièrement, lorsqu'on lit le Message du Conseil fédéral<sup>18</sup> accompagnant le projet de l'ordonnance sur l'énergie, on constate, dans toutes les langues que, « die nationale Netzgesellschaft prüft die Projekte. Der Projektant erhält einen verbindlichen Entscheid und somit Planungssicherheit » ; « la société nationale du réseau de transport examine les projets. Le responsable du projet reçoit une décision formelle, ce qui lui garantit la sécurité de la planification voulue » ; « la società nazionale di rete verifica i progetti e rimette una decisione vincolante ai responsabili i quali hanno così una certa sicurezza della pianificazione ». Ces éléments démontrent que la volonté politique était de prévoir un caractère contraignant à la décision de Swissgrid SA.

### **E. 34**

De plus, l'art. 3hbis OEné règle les conséquences du non-respect de l'obligation de notifier et en cas de divergences par rapport aux données fournies dans l'annonce. Dans toutes les versions linguistiques, cette disposition prévoit un caractère contraignant à la décision rendue par Swissgrid SA en matière de RPC : « Die Verbindlichkeit des Bescheids fällt dahin, wenn... » ; « La décision perd son caractère obligatoire lorsque... » ; « Il carattere vincolante della decisione decade se... ». Par ailleurs, il est important de souligner que la conséquence attachée à cette disposition est la perte du droit à la perception de la RPC.

17 Arrêt du TAF du 4 juillet 2013, A-265/2012 consid. 3.1. 18 Le projet de consultation de l'OEne ainsi que la lettre d'accompagnement du Conseil fédéral sont disponibles dans trois langues officielles sur :

[http://www.bfe.admin.ch/themen/00612/00613/index.html?lang=fr&dossier\\_id=01392](http://www.bfe.admin.ch/themen/00612/00613/index.html?lang=fr&dossier_id=01392)  
(dernière consultation le 13 juin 2014).

8/13

### **E. 35**

A l'appui de cette thèse, on peut encore évoquer la prise de position de l'OFEN. L'office soutient qu'un nombre importants d'éléments plaident en faveur de l'existence d'un caractère contraignant à la décision de Swissgrid SA19. Tout d'abord, les producteurs auxquels la RPC est octroyée ont droit à une rétribution pour une durée allant de 20 à 25 ans. Puis Swissgrid SA peut modifier avec force obligatoire le rapport à la RPC et révoquer son accord selon divers motifs (art. 3hbis al. 2 et 3iquinquies al. 2 OEne). De plus, dans 90% des cas où Swissgrid SA rend un avis, l'EICOM n'est pas sollicitée. Enfin, la RPC concerne des dizaines de millions de CHF, il serait inconsideré que Swissgrid SA puisse attribuer cet argent sans réel titre juridique.

### **E. 36**

Si l'on reprend les différents éléments composant la définition de la décision au sens de l'art. 5 PA, on constate ce qui suit : 1) Swissgrid SA base sa décision sur les règles de droit public fédéral de l'ordonnance sur l'énergie ; 2) Swissgrid SA décide de manière unilatérale avec l'aide des règles établies dans l'ordonnance et ces appendices de rendre une décision positive ou négative ; 3) Swissgrid SA décide dans une situation concrète, c'est-à-dire pour un projet déterminé, si elle accorde une décision positive ou négative ; 4) La décision de Swissgrid SA est acte juridique car il en découle des droits et obligations pour la personne physique ou morale ayant annoncé son projet ; 5) Enfin, la décision positive de Swissgrid SA est contraignante et donne droit à la RPC si les autres réglementations permettant la réalisation du projet ont été respectées.

### **E. 37**

Les différentes caractéristiques que doit revêtir une décision au sens de l'art. 5 PA étant réunies, le Préposé fédéral arrive à la conclusion que Swissgrid SA possède un pouvoir décisionnel et est soumis à la loi sur la transparence au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans.

### **E. 38**

Le Préposé arrive à la conclusion finale que Swissgrid SA tombe sous le champ d'application personnel de la loi sur la transparence au sens de l'art. 2 LTrans et doit respecter la teneur de ses dispositions.

### **E. 39**

La question de l'applicabilité de la loi sur la transparence étant tranchée, il reste maintenant à analyser ses différentes dispositions afin de déterminer si la liste des bénéficiaires ainsi que la liste d'attente de la RPC doivent être communiquées à la demanderesse.

### **E. 40**

A titre préliminaire, il est important de noter que la RPC (art. 7a LEne) est entrée en vigueur le 1er janvier 2009, mais la possibilité de s'annoncer existait déjà depuis le 1er mai 2008. Le Préposé divise son raisonnement et analyse en premier la liste des bénéficiaires puis la

liste d'attente.

Liste des bénéficiaires :

#### **E. 41**

Dans cette liste, il faut distinguer deux catégories : les installations dont la puissance de raccordement est supérieure à 30 kW de celles dont la puissance est inférieure à 30 kW.

#### **E. 42**

Pour les installations d'une puissance de 30 kW et plus, on trouve, sur le site de l'OFEN20, 3 listes détaillées des bénéficiaires (pour les années 2011, 2012 et 2013) avec une description du projet, l'entreprise productrice, le nom et prénom ainsi que l'adresse du producteur. Selon

19 A ce sujet, voir le point 9. 20 Listes des bénéficiaires de la RPC :

[http://www.bfe.admin.ch/themen/00612/02073/index.html?dossier\\_id=02166&lang=fr](http://www.bfe.admin.ch/themen/00612/02073/index.html?dossier_id=02166&lang=fr), (dernière consultation le 13 juin 2014).

9/13

l'art. 6 al. 3 LTrans, si les documents officiels ont déjà été publiés par la Confédération sur papier ou sous forme électronique, les conditions pour permettre l'accès sont réputées remplies. Dans ce cas, l'autorité pourrait se borner à communiquer la référence au demandeur<sup>21</sup>. Ainsi, Swissgrid SA devrait indiquer à la demanderesse où se trouvent précisément ces listes.

#### **E. 43**

Les listes 2008, 2009 et 2010 n'ayant pas été publiées, on ne peut pas se baser sur l'art. 6 al. 3 LTrans pour admettre leur accès. Ces listes contiennent des données personnelles de tiers au sens de l'art. 3 let. a de la loi fédérale sur la protection des données (LPD, RS 235.1) ; toutefois, ces données ne sont pas de type sensibles au sens de l'art. 3 let. c LPD. Selon l'art. 7 al. 2 LTrans, le droit d'accès peut être limité, différé ou refusé si l'accès à un document officiel peut porter atteinte à la sphère privée de tiers, à moins qu'un intérêt public à la transparence ne soit exceptionnellement jugé prépondérant. Par conséquent, il faut appliquer la procédure fixée à l'art. 9 LTrans pour déterminer si l'accès à ces données peut être accordé. Cette disposition prévoit que les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant d'être consultés (art. 9 al. 1 LTrans). Si ce n'est pas possible, ce qui est le cas en l'espèce car la demande porte expressément sur l'identité des bénéficiaires<sup>22</sup>, la question de la communication des données est réglée par l'art. 19 LPD (art. 9 al. 2 LTrans).

#### **E. 44**

L'art. 19 al. 1 LPD règle dans quelles conditions les organes fédéraux sont en droit de communiquer des données personnelles. Aucuns cas de figures prévus dans cette disposition ne trouvent application dans le cas d'espèce.

#### **E. 45**

Par conséquent, il reste à examiner l'art. 19 al. 1bis LPD. Cette disposition prévoit qu'une autorité peut communiquer des données personnelles en vertu de la loi sur la transparence si ces données sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques et que leur communication répond à un intérêt public prépondérant. L'art. 5 al. 1 let. c LTrans prévoit

explicitement que, pour être en présence d'un document officiel, il faut que celui-ci concerne l'accomplissement d'une tâche publique. Les listes de la RPC étant des documents officiels, la première condition est remplie. Pour savoir si la communication répond à un intérêt public prépondérant, il faut effectuer une pesée des intérêts en présence, à savoir d'un côté l'intérêt privé des personnes obtenant la RPC à ce que leur nom ne soit pas communiqué (protection de la sphère privée) et, d'autre part, l'intérêt public à la communication de l'identité de ces personnes (intérêt à la transparence). L'art. 6 al. 2 OTrans apporte différents exemples dans lesquels un intérêt public prépondérant existe. C'est notamment le cas lorsque la personne, dont la sphère privée pourrait être atteinte par le droit d'accès à un document officiel, est liée à une autorité soumise à la loi sur la transparence par un rapport de fait ou de droit qui lui procure des avantages importants (let. c). En l'espèce, les personnes physiques et morales bénéficiant de la RPC se trouvent dans un rapport de droit avec Swissgrid SA qui, par sa décision, leur permet d'obtenir une rétribution provenant d'un supplément payé par les consommateurs finaux sur leur facture d'électricité. Cette rémunération varie selon les installations, leur puissance et leur production mais elle peut atteindre plusieurs millions de CHF. Selon le Préposé, il convient de qualifier cette rétribution d'avantages économiques importants. De plus, il est évident que si l'OFEN publie les listes des bénéficiaires de la RPC depuis 2011, il n'y a aucune possibilité de violer la sphère privée des personnes figurant sur les listes des années précédentes en faisant de même.

21 Recommandation du 19 juin 2012 : BAG / Liste Acrylamidmessungen, ch. II.B.33. 22  
Recommandation du 29 janvier 2014 : KTI / Innovationsförderung 2011, ch. II.B.28.

10/13

#### **E. 46**

Le Préposé arrive à la conclusion que Swissgrid SA doit accorder l'accès aux listes des bénéficiaires d'installations d'une puissance supérieure à 30kW des années 2008 à 2010, conformément aux art. 9 al. 2 LTrans, 19 al. 1bis LPD et 6 al. 2 let. c OTrans.

#### **E. 47**

Pour les installations dont la puissance est inférieure à 30 kW, les listes 2011, 2012 et 2013 publiées sur le site de l'OFEN contiennent également un certain nombre d'informations<sup>23</sup>. Toutefois, ces listes ont été anonymisées. La demande portant explicitement sur la personne des bénéficiaires, l'art. 6 al. 3 LTrans ne peut pas s'appliquer. Comme pour les installations d'une puissance supérieure à 30 kW, il faut analyser si l'accès à ces listes doit être accordé en sur la base des art. 7 al. 2 LTrans, 9 LTrans et 19 LPD.

#### **E. 48**

Ici également, l'application de l'art. 9 al. 1 LTrans n'entre pas en considération et il n'existe pas d'exception au sens de l'art. 19 al. 1 LPD. A nouveau, il convient d'examiner si l'accès peut être justifié par l'art. 19 al. 1bis LPD. Comme explicité précédemment, la condition du lien avec l'accomplissement d'une tâche publique est déjà remplie. Dans la pesée des intérêts, on trouve toujours l'intérêt privé de chaque bénéficiaire d'installations au respect de leur sphère privée. Dans un grand nombre de cas, ce sont des personnes privées qui possèdent une petite installation au sein de leur maison. En ce qui concerne l'intérêt public, l'exemple énuméré à l'art. 6 al. 2 let. c OTrans reste pertinent. En effet, comme pour les installations d'une puissance supérieure à 30 kW, celles moins puissantes reçoivent aussi

une rétribution. En 2013, cette rétribution s'est montée jusqu'à maximum CHF101'607,51 pour une personne. Sur une liste de 69 pages en 2013, ces installations moins puissantes représentent plus de 52 pages. Cette rémunération provenant d'une taxe répercutée sur les consommateurs finaux d'électricité, il faut admettre qu'il existe un intérêt important pour la société à savoir comment cet argent est réparti. Il est vrai qu'individuellement, certaines de ces installations ne reçoivent pas une quantité importante d'argent, mais l'addition de tous ces bénéficiaires amène à une somme non négligeable. Ni le critère des 30 kW de puissance, ni le critère du montant de la rétribution perçue ne sont des éléments permettant de juger l'importance du respect de la sphère privée. L'identité des bénéficiaires de certaines installations d'une puissance supérieure à 30 kW sont publiées malgré la somme minimale qu'ils reçoivent. Au vu de ces considérations, le Préposé estime que l'intérêt public à la transparence l'emporte sur l'intérêt privé au respect de la sphère privée, ceci d'autant plus que les données personnelles concernées par la publication ne sont pas sensibles au sens de l'art. 3 let. c LPD.

#### **E. 49**

Le Préposé est d'avis que l'autorité peut renoncer à entendre les personnes mentionnées dans les listes. En effet, le nombre de personnes concernées est trop élevé pour que l'obligation figurant à l'art. 11 LTrans reste proportionnée, et il n'existe, en l'espèce, pas ou si c'est le cas, qu'une très légère atteinte à la sphère privée de ces personnes. D'ailleurs, à la connaissance du Préposé, il n'y a pas eu de consultation des personnes concernées lors de la publication des listes figurants sur le site de l'OFEN.

#### **E. 50**

Selon l'avis du Préposé, et conformément aux art. 19 al. 1bis LPD et 6 al. 2 let. c OTrans, Swissgrid SA doit accorder l'accès à la liste des bénéficiaires d'installations dont la puissance ne dépasse pas 29,9 kW, l'intérêt public des citoyens à connaître la destination de leurs impôts prime la protection de la sphère privée des bénéficiaires de cet argent.

23 Voir note de bas de page 20.

11/13

Liste d'attente : 51. Concernant cette liste, l'art. 3r al. 3 OEne prévoit que les projets figurant sur la liste d'attente sont exclus de la publication active des résultats faite par l'OFEN. Cette disposition ne figurant pas dans une loi fédérale, on peut de suite exclure l'existence d'une disposition spéciale au sens de l'art. 4 let. a LTrans. De plus, elle n'est pas destinée à Swissgrid SA. Il n'y a donc pas de base légale spéciale prévoyant le secret pour cette liste. 52. Comme les listes des bénéficiaires, la liste d'attente contient des données personnelles au sens de la LPD. Pour établir si l'autorité doit donner l'accès à de telles informations, il faut à nouveau passer par l'analyse des art. 7 al. 2 LTrans, 9 LTrans, 19 LPD et 6 OTrans. La requête de la demanderesse porte sur l'identité des personnes figurant sur la liste d'attente ; l'anonymisation de principe prévue par l'art. 9 al. 1 LTrans est donc exclue. L'art. 9 al. 2 LTrans renvoie à l'art. 19 LPD. En l'espèce, aucune des exceptions visées à l'art. 19 al. 1 LPD ne prétent à s'appliquer. Comme évoqué plus haut, l'art. 19 al. 1bis LPD prévoit une communication des données dans le cadre de la loi sur la transparence à deux conditions. La 1ère condition étant remplie d'office si l'on est en présence d'un document officiel, il reste dès lors à opérer une pesée des intérêts privés et publics en présence pour déterminer si un accès à peut être justifié. 53. Comme pour les listes des bénéficiaires, il faut tenir compte d'une part de l'intérêt des personnes figurant sur cette liste

au respect de leur sphère privée et, d'autre part, de l'importance et du but du principe de la transparence. 54. Certaines installations sont déjà en fonction et attendent leur tour pour profiter du système de la RPC, tandis que d'autres ne sont encore qu'à l'état de projet et ne recevront rien avant d'être construites, mises en service et après avoir attendu leur tour sur la liste d'attente. La perception de la RPC n'est encore qu'au stade hypothétique pour ces personnes. 55. L'exemple figurant à l'art. 6 al. 2 let. c OTrans ne trouve pas application pour la liste d'attente car, comme son nom l'indique, les personnes ne reçoivent pas encore à proprement parlé d'avantages importants de la part de l'Etat. Il faut toutefois encore regarder si un autre intérêt public prépondérant existe. Il est ressorti du rapport d'évaluation du contrôle fédéral des finances que le manque de possibilité de rejeter des projets dont le projet n'a pas atteint une maturité suffisante favorise l'entrée sur la liste d'attente de déclarations de volonté fictives ou spéculatives et donc défavorise les projets avancés qui ont un fond honnête<sup>24</sup>. Cette malheureuse conséquence découle uniquement des règles juridiques de l'ordonnance et non d'un comportement malhonnête de Swissgrid SA. A la connaissance du Préposé, il n'existe donc pas de besoin particulier d'information du public concernant la liste d'attente de la RPC au sens de l'art. 6 al. 1 let. a OTrans. Dans une recommandation datant du 29 janvier 2014, le Préposé a admis un intérêt public prépondérant à l'accès à une liste de projets refusés et non-étudiés par la Commission pour la technologie et l'innovation arguant que les critères de décision de la Commission n'étaient pas assez clairs et qu'il en résultait, conformément au but de la loi sur la transparence, un intérêt public à contrôler que les décisions étaient prises de manière juste et objective (c'est-à-dire sans abus de leur pouvoir d'appréciation)<sup>25</sup>. Il convient de vérifier si le cas d'espèce est une situation du même genre que le cas KTI. 56. Selon l'art. 3g al. 1 OEne, quiconque veut construire une nouvelle installation doit annoncer son projet à la société nationale du réseau de transport (Swissgrid SA). L'alinéa 3 de ce même article prévoit que Swissgrid SA vérifie si les conditions minimales d'octroi de la RPC sont vraisemblablement remplies et rend une décision à cet égard. L'art. 3iter al.1 OEne renvoie aux

24 CDF, loc. cit., p. 21. 25 Recommandation du 24 janvier 2014: KTI / Innovationsförderung 2011, ch. II.B.35.

12/13

appendices 1.1 à 1.5 pour le détail des exigences minimales. Les personnes physiques et morales se trouvant sur la liste d'attente ont donc reçu une décision de mise en attente, c'est-à-dire une décision positive mais, puisqu'il n'y a plus de crédit disponible, il faut attendre son tour. Cette décision les place sur la liste à un rang donné suivant la date où l'annonce a été faite et, si tous les projets annoncés le même jour ne peuvent pas être pris en compte, les projets les plus puissants sont prioritaires (art. 3g al. 5 OEne). Tous ces indices démontrent que Swissgrid SA ne dispose pas de pouvoir d'appréciation car il lui faut suivre des critères prédéfinis et précis dans la prise de ces décisions. Dans ce cadre-là, il est peu probable qu'il y ait des abus de sa part. Il n'y a donc pas d'intérêt public prépondérant, le respect de la sphère privée des personnes figurant sur la liste prime. 57. Le Préposé arrive à la conclusion qu'il n'y a pas d'intérêt public prépondérant au sens de l'art. 19 al. 1bis LPD en lien avec l'art. 6 al. 2 let. c OTrans justifiant l'accès aux identités des personnes figurant sur la liste d'attente. L'autorité ne doit pas accorder son accès. 58. En conclusion : Swissgrid SA tombe sous le champ d'application personnel de la loi sur la transparence selon l'art. 2 LTrans. Elle doit accorder un accès illimité à la liste des bénéficiaires de la

RPC, en raison de la présence d'un intérêt public prépondérant (art. 19 al. 1bis LPD en lien avec l'art. 6 al. 2 let. c OTrans). Pour les installations dont la puissance est supérieure à 30 kW, elle doit accorder l'accès aux listes de 2008 à 2010 et indiquer à la demanderesse où se trouvent les listes de 2011 à 2013 publiées par l'OFEN ; pour les installations dont la puissance est inférieure à 30 kW, elle doit accorder un accès illimité aux listes dès 2008. Swissgrid SA n'a, par contre, pas à dévoiler la liste d'attente, faute d'intérêt public prépondérant. III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande ce qui suit : 59. Swissgrid SA accorde un accès illimité aux listes des bénéficiaires de la RPC dont les installations ont une puissance supérieure à 30 kW. Elle doit donner l'accès aux listes des années 2008 à 2010 et indiquer où trouver les listes des années 2011 à 2013 publiées sur le site de l'OFEN. 60. Swissgrid SA accorde aussi un accès illimité aux listes des bénéficiaires de la RPC dont les installations ont une puissance inférieure à 30 kW. 61. Swissgrid SA n'accorde pas l'accès à la liste d'attente. 62. Swissgrid SA rend une décision selon l'art. 5 PA s'il refuse d'octroyer l'accès conformément à la recommandation (chiffres 59 à 61). 63. Il rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation (art. 15 al. 3 LTrans). Cette décision peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 16 LTrans). 64. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, la demanderesse peut exiger que Swissgrid SA rende une décision selon l'art. 5 PA si elle n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans). 65. Cette décision peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 16 LTrans) par la demanderesse.

13/13

66. Swissgrid SA transmet au Préposé une copie de sa décision et des éventuelles décisions rendues par les autorités de recours (art. 13a OTrans). 67. Par analogie à l'art. 22a al. 1 let. b PA, les délais fixés en jours par la loi ne courent pas du 15 juillet 2014 au 15 août 2014 inclusivement. 68. La présente recommandation est publiée (art. 13 al. 3 OTrans). Afin de protéger les données relatives aux parties à la procédure de médiation, le nom de la demanderesse est anonymisé. 69. La recommandation est notifiée à: - X

- Swissgrid SA Dammstrasse 3 Case postale 22 CH-5070 Frick

Copie à: - Office fédéral de l'énergie OFEN CH-3003 Berne (remise d'une version dans laquelle les données personnelles de la demanderesse sont anonymisées)

Hanspeter Thür

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