



Berne, le 03.11.17

Recommandation
selon l'art. 14 de la loi sur la transparence
concernant la procédure de médiation entre
X (demanderesse)
et
Swissgrid SA

I. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence constate :

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 (entreprise) a déposé, le 24 juillet 2017, une demande d'accès auprès de Swissgrid SA concernant : « [t]outes les décisions admettant ou refusant le transfert d'une décision RPC ^[1] positive depuis le 30 avril 2015, soit la date à laquelle Swissgrid SA a, semble-t-il, commencé à admettre des demandes de transfert. Dites décisions pourront le cas échéant être anonymisées ».
2. Par courrier du 8 août 2017 adressé à la demanderesse, Swissgrid SA a annoncé ne pas transmettre les documents requis. Elle a justifié sa position par le fait que le Tribunal fédéral (TF) a, dans un arrêt récent², uniquement considéré que Swissgrid SA était soumise à la loi sur la transparence, puis renvoyé l'affaire au Tribunal administratif fédéral (TAF) pour que celui-ci se prononce sur l'étendue du droit d'accès concernant la liste des bénéficiaires de la RPC et la liste d'attente des projets RPC. Ainsi, tant que le cas sera pendant devant le TAF, Swissgrid SA ne transmettra aucun document faisant l'objet de la requête de la demanderesse.
3. Suite à ce refus et par courrier du 29 août 2017, la demanderesse a, par l'intermédiaire de ses avocats, déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé).
4. Par courrier du 31 août 2017, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et, le même jour, a informé Swissgrid SA du dépôt de celle-ci. Il a également imparti un délai de 10 jours à Swissgrid SA pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une éventuelle prise de position complémentaire.
5. Le 8 septembre 2017, Swissgrid SA a transmis au Préposé une copie de la demande d'accès du 24 juillet 2017 ainsi que la réponse de Swissgrid SA à la demanderesse du 8 août 2017. Swissgrid SA a de plus complété sa prise de position en arguant que la demanderesse a déjà requis les documents demandés dans le cadre d'une procédure de recours devant la Commission fédérale de l'électricité (EiCom). Selon Swissgrid SA toujours, huit décisions, soit toutes celles rendues depuis le 28 novembre 2016, ont été remises à l'EiCom. Swissgrid SA

¹ Rétribution à prix coûtant du courant injecté.

² TF 1C_532/2016 du 21 juin 2017.



conclut dès lors, sans toutefois se référer à un article de la loi, à une exclusion de l'application de la loi sur la transparence.

6. Par téléphone, puis par courriers des 13 et 15 septembre 2017, le Préposé a pris contact avec Swissgrid SA afin d'obtenir des renseignements complémentaires ainsi que la transmission de l'ensemble des documents faisant l'objet de la demande d'accès.
7. Par courrier du 15 septembre 2017, Swissgrid SA a transmis 18 documents au Préposé. Parmi ceux-ci figuraient cependant deux documents antérieurs à ceux visés par la demande d'accès, un document envoyé à double, ainsi qu'une lettre d'un tiers à Swissgrid SA.
8. Par courrier du 18 septembre 2017, le Préposé a une nouvelle fois demandé à Swissgrid SA de lui transmettre l'ensemble des documents faisant l'objet de la demande d'accès. Il a en outre requis un document attestant clairement la transmission par Swissgrid SA des décisions de transfert à l'EiCom.
9. Par téléphones des 19 et 27 septembre 2017, puis par confirmation écrite du 28 septembre 2017, Swissgrid SA a annoncé ne pas être en mesure d'honorer la demande, car : « (...) *le système de stockage, tel qu'utilisé par Swissgrid, n'autorise pas un accès aisé aux données liées aux cas litigieux d'avant octobre 2016, et ne permet donc pas de produire une liste garantie complète des décisions concernant le transfert de décisions RPC positives avant octobre 2016* ».
10. Par courrier du 20 septembre 2017, Swissgrid SA a transmis les deux actes procéduraux demandés, soit la demande de l'EiCom exigeant la transmission d'un certain nombre de décisions de transfert ainsi que la réponse écrite de Swissgrid SA à l'EiCom. Après consultation de ces documents, il s'est notamment avéré que :
 - [X] a, par l'intermédiaire de ses avocats, requis la production par Swissgrid SA de toutes les décisions rendues entre le 1^{er} juillet 2015 et le 30 avril 2017 et admettant ou refusant le transfert d'une décision octroyant la RPC vers un autre projet.
 - L'EiCom a requis de Swissgrid SA la production de dix courriers par années entières concernées par lesquelles cette dernière a accepté – respectivement rejeté – de telles requêtes.
 - Swissgrid SA a finalement transmis 6 documents à l'EiCom. Ces six documents n'ayant pas été transmis directement au Préposé, ce dernier n'a dès lors pas été en mesure de vérifier leur contenu.
11. Par courrier du 22 septembre 2017, Swissgrid SA a transmis au Préposé la décision de l'EiCom du 14 septembre 2017 en l'affaire [X] contre Swissgrid SA. Il ressort notamment de cette décision que les 6 documents transmis par Swissgrid SA à l'EiCom dans le cadre de la procédure de recours devant cette dernière l'ont également été à la recourante par courrier recommandé.
12. Par téléphone, puis par courrier du 27 octobre 2017, Swissgrid SA a informé le Préposé qu'un recours avait été déposé en date du 19 octobre 2017 auprès du TAF contre la décision de l'EiCom (cf. ch. 11).
13. Les allégations 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

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 préliminaire de demande d'accès, elle est légitimée à déposer une demande en médiation (art. 13 al. 1 let. a LTrans). Celle-ci a été remise, par l'intermédiaire de ses avocats, selon la forme prescrite (forme écrite simple) et dans le délai légal (20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité) au Préposé (art. 13 al. 2 LTrans).
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 modalités³. 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

16. 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.
17. Dans sa prise de position du 8 août 2017 adressée à la demanderesse, Swissgrid SA, en se fondant sur l'arrêt TF 1C_532/2016 du 21 juin 2017, a refusé l'accès aux documents demandés car : « (...) il n'a pas encore été examiné (...) si des exceptions qui interdiraient ou restreindraient l'accès aux documents étaient applicables. Le Tribunal fédéral n'a pas statué matériellement sur l'affaire et a donc renvoyé le recours au Tribunal administratif fédéral qui devra clarifier dans quelle mesure Swissgrid doit accorder (...) le droit de consulter la liste des bénéficiaires de la RPC ainsi que la liste d'attente des projets RPC. Tant que le Tribunal administratif fédéral n'aura pas porté de jugement définitif et valide, Swissgrid ne pourra publier aucun des documents (...) sur lesquels porte votre requête ».
18. Dans le cas d'espèce, Swissgrid SA refuse donc, temporairement du moins, d'accorder l'accès aux documents demandés, au motif qu'une procédure pendante devant le TAF doit établir l'étendue du droit d'accès à la liste des bénéficiaires ainsi qu'à la liste d'attente des projets RPC. A ce titre, le Préposé en déduit que Swissgrid SA, attendant le résultat d'une procédure pendante, se prévaut de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans pour refuser l'accès à l'intégralité des documents souhaités.
19. L'art. 3 LTrans limite, à l'aide d'une liste négative, le champ d'application matériel de la loi sur la transparence. Selon l'art. 3 let. a LTrans, le droit d'accès aux documents afférents aux procédures énumérées est régi par les lois spéciales. Afin d'éviter une collision entre les différentes normes, il n'est ainsi pas possible de recourir à la loi sur la transparence dans le but d'éluider les règles spéciales concernant l'accès aux documents relevant des procédures topiques⁴. Plus précisément, l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans prévoit que la loi sur la transparence ne s'applique pas aux procédures juridictionnelles de droit public, y compris administratives. Par procédures contentieuses juridictionnelles administratives, la disposition vise l'ensemble des

³ Message relatif à la loi fédérale sur la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans) du 12 février 2003, FF 2003 1807 (cité : FF 2003), FF 2003 1865.

⁴ TAF A-8073/2015 du 13 juillet 2016, consid. 5.2.1 ; TAF A-4186/2015 du 28 janvier 2016, consid. 7.3.1 ; cf. ég. Recommandation du PFPDT du 22 décembre 2016 : BAG/Akten Preisprüfung, ch. 16 (en allemand).



procédures contentieuses, jusqu'à la dernière instance, dans lesquelles des décisions administratives de première instance sont contestées⁵. Le document en question doit faire partie intégrante du dossier de la procédure comme c'est le cas pour la décision attaquée ainsi que son dossier administratif (jusqu'à la clôture de la procédure de recours) ainsi que pour les actes de procédure (même après la clôture de la procédure en cours)⁶.

20. Dans l'affaire TF 1C_532/2016 du 21 juin 2017, soit celle renvoyée au TAF et encore pendante devant lui, la demande d'accès portait sur : « (...) *la liste des personnes morales ou physiques admises à la RPC ainsi que celles figurant sur la liste d'attente* »⁷, soit la liste globale des personnes morales ou physiques ayant reçu une décision fondée sur l'art. 3g al. 3 de l'Ordonnance sur l'énergie (OEné ; RS 730.01 datant du 7 décembre 1998)⁸. En revanche, dans la présente affaire, la demande d'accès porte sur les décisions individuelles de transfert de décisions RPC positives, cas échéant anonymisées, rendues par Swissgrid SA en vertu de l'art. 3h^{bis} OEné.

Il appert donc que les documents officiels à la base des deux demandes d'accès sont différents les uns des autres (listes globales/décisions individuelles anonymisées). Ainsi, la procédure pendante devant le TAF invoquée par Swissgrid SA n'empêche pas la loi sur la transparence de s'appliquer à la demande d'accès portant sur les décisions admettant ou refusant le transfert d'une décision de RPC positive depuis le 30 avril 2015.

Par conséquent, l'argument général de Swissgrid SA, selon lequel une procédure pendante devant le TAF empêcherait l'application de la loi sur la transparence en vertu de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans, est, au regard de l'actuelle procédure de médiation, sans fondement.

21. Dans sa prise de position complémentaire du 8 septembre 2017, Swissgrid SA a présenté un argument supplémentaire au Préposé en affirmant que : « (...) *le requérant a déjà demandé, dans le cadre de la procédure de recours devant la Commission de l'électricité contre une réponse négative concernant le transfert de site, à pouvoir consulter l'ensemble des décisions de Swissgrid SA qui autorisent ou refusent le transfert du site d'une installation avec avis RPC positif et une installation sur liste d'attente. (...) Swissgrid SA a remis (...) à la Commission fédérale de l'électricité (...) toutes les décisions rendues depuis le 28 novembre 2016. Si la Commission de l'électricité devait estimer nécessaire de consulter des décisions antérieures de Swissgrid SA sur ce sujet, elle fera une demande en ce sens à Swissgrid SA (...). Il résulte ici que les documents à consulter font partie des documents de la procédure de recours devant la Commission fédérale de l'électricité et qu'aucun droit d'accès n'existe au sens de la LTrans* ».
22. A nouveau, Swissgrid SA semble, sans toutefois l'affirmer expressément, uniquement se prévaloir de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans pour l'ensemble de la demande d'accès (cf. ch. 1). Au regard des circonstances, le Préposé estime toutefois que la présente demande d'accès ne peut être traitée comme un seul élément, mais doit être scindée en trois parties.
23. Après consultation des documents fournis par Swissgrid SA en date du 20 septembre 2017 (cf.

⁵ Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, Stamm-Pfister, 3ème éd., Bâle 2014, no 21 ad art. 3; cf. ég. Recommandation du PFPDT du 24 mars 2015 : SFI/Echange de correspondances faisant partie d'une procédure juridictionnelle administrative, ch. 14.

⁶ Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence : questions fréquemment posées, ch. 2.2.3 ; cf. ég. Recommandation du PFPDT du 24 mars 2015 : SFI/ Echange de correspondances faisant partie d'une procédure juridictionnelle administrative, ch. 14 ; Recommandation du PFPDT du 13 février 2015 : OFC/Accès aux procès-verbaux de la commission d'experts de l'encouragement du cinéma, ch. 18.

⁷ TF 1C_532/2016 du 21 juin 2017 ; Recommandation du PFPDT du 9 juillet 2014: Swissgrid SA/Liste des bénéficiaires et liste d'attente de la RPC, ch. 1.

⁸ Pour un exemple récent de ce type de document officiel, cf. p. ex. http://www.bfe.admin.ch/themen/00612/02073/index.html?lang=fr&dossier_id=02166 > Liste aller KEV-Bezüger im Jahr 2016.



ch. 10), il est apparu que six documents, désignés comme toutes les décisions de transfert de décisions RPC positives rendues depuis octobre 2016, mais dont le contenu n'a toutefois pu être vérifié par le Préposé, avaient bel et bien été transmis à l'EiCom dans le cadre de la procédure de recours l'opposant à la demanderesse. Ces six documents constituent la première partie de la demande d'accès. A ce propos, il ressort clairement des documents transmis au Préposé (cf. ch. 11), que la demanderesse a d'ores et déjà pu avoir accès à ces six documents par le biais des règles spéciales d'accès aux pièces du dossier régissant la procédure administrative pendante devant l'EiCom.

Par conséquent, le Préposé estime que cette partie de la demande d'accès est désormais sans objet, car la demanderesse a déjà eu accès à ces six documents dans le cadre de la procédure de recours l'opposant à Swissgrid SA devant l'EiCom⁹.

24. La seconde partie de la demande d'accès a trait aux décisions admettant ou refusant le transfert de décisions RPC positives rendues entre le 30 avril 2015 (cf. ch. 1) et le 30 juin 2015 (cf. ch. 10), soit celles rendues par Swissgrid SA à partir du 30 avril 2015, mais n'ayant fait l'objet d'aucune requête de moyens de preuve devant l'EiCom ni, *a priori*, devant le TAF.

Par conséquent, le Préposé considère que ces décisions, n'ayant par conséquent jamais fait partie intégrante d'une procédure pendante au sens de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans, sont soumises à la loi sur la transparence.

25. La troisième partie de la demande concerne les décisions admettant ou refusant le transfert de décisions RPC positives rendues, sous réserve du ch. 23, par Swissgrid SA entre le 1^{er} juillet 2015 et le 24 juillet 2017 (date de la demande d'accès), soit celles ayant été requises par la demanderesse dans le cadre de la procédure devant l'EiCom, mais n'ayant finalement pas été produites (cf. ch. 10), et dont il ne peut être exclu qu'elles fassent l'objet d'une requête similaire devant le TAF. Si ce dernier devait accepter une telle requête, la question de l'application de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans pourrait certes théoriquement se poser. Cependant, en raison de la nature particulière du cas d'espèce, le Préposé estime que l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans reste inapplicable. En effet, les décisions admettant ou refusant le transfert de décisions RPC positives auxquelles la demanderesse tente de se référer dans la procédure l'opposant à Swissgrid SA constituent uniquement des moyens de preuve, ne sont pas directement en relation avec la décision attaquée, ni ne concernent directement l'objet réel du litige. Admettre l'application de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans dans un tel cas reviendrait à permettre à l'autorité de contourner sciemment le but de la loi sur la transparence, qui est de garantir un accès général aux documents officiels, par la simple production du (des) document(s) demandé(s) dans une procédure quelconque avec laquelle il(s) n'entretien(nen)t qu'un lien lâche. De plus, le fait que [X] et Swissgrid SA soient, dans le cas d'espèce, également en litige devant le TAF ne change rien à la problématique, car l'autorité ne peut se servir de cet argument ni pour traiter différemment une demande d'accès fondée sur la loi sur la transparence, ni pour refuser celle-ci (« access to one, access to all »)¹⁰. La demande d'accès de [X] doit donc être traitée par Swissgrid SA de la même manière qu'elle le serait si elle émanait de n'importe quelle autre personne physique ou morale. Cela implique également du point de vue du demandeur d'accès que celui-ci ne peut en aucun cas bénéficier d'un accès privilégié, même s'il justifie un intérêt personnel important à obtenir ces informations, car la loi sur la transparence garantit un droit d'accès général du public aux documents officiels.

⁹ Recommandation du PFPDT du 24 mars 2015 : SFI/ Echange de correspondances faisant partie d'une procédure juridictionnelle administrative, ch. 16.

¹⁰ FF 2003 1844.



Par conséquent, le Préposé considère que les décisions admettant ou refusant le transfert de décisions RPC positives rendues, sous réserve du ch. 23, par Swissgrid SA entre le 1^{er} juillet 2015 et le 24 juillet 2017 sont soumises à la loi sur la transparence indépendamment de leur (éventuelle) production dans le cadre de la procédure devant le TAF l'opposant à la demanderesse. Ce dernier aspect est essentiellement justifié par le fait que ces décisions ne sont pas directement en lien avec le litige de base.

26. Quant aux exceptions au droit d'accès (art. 7 et 8 LTrans), le Préposé relève que Swissgrid SA n'en a aucunement fait mention dans ses différentes prises de position. Par ailleurs, après vérification sommaire des dispositions précitées, le Préposé est d'avis qu'aucune exception ne trouve application dans le cas d'espèce. En outre, la transmission des documents officiels demandés n'est pas à même de porter atteinte aux données personnelles dans la mesure où leur caviardage est possible et accepté par la demanderesse (art. 9 LTrans ; cf. ch. 1).

III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande ce qui suit :

27. Conformément aux dispositions de la loi sur la transparence, Swissgrid SA traite la demande et accorde l'accès partiel, moyennant anonymisation, aux décisions accordant ou refusant le transfert de décisions RPC positives rendues entre le 30 avril 2015 et le 24 juillet 2017, à l'exception des six documents auxquels la demanderesse a déjà eu accès (cf. ch. 23).
28. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, la demanderesse peut requérir que Swissgrid SA rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) si elle n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
29. Swissgrid SA rend une décision selon l'art. 5 PA si elle refuse d'octroyer l'accès conformément au chiffre 27 de la recommandation (art. 15 al. 2 LTrans).
30. Swissgrid SA rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation ou de la requête de décision (art. 15 al. 3 LTrans).
31. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, le nom de la demanderesse est anonymisé (art. 13 al. 3 OTrans).

La recommandation est notifiée à :

- Recommandé (R) avec avis de réception
X
[Demanderesse]

- Recommandé (R) avec avis de réception
Swissgrid SA
Dammstrasse 3
Case postale 22
CH-5070 Frick

Adrian Lobsiger