



Berne, 17 janvier 2024

Recommandation selon l'art. 14 de la loi sur la transparence

concernant la procédure de médiation entre

X. __
(demandeur)

et

Office fédéral de la communication OFCOM

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

1. D'août 2021 à février 2023 de nombreux échanges ont eu lieu entre le demandeur (privé) et l'Office fédéral de la communication (OFCOM) portant notamment sur la question de la redevance de radio-télévision, de la surveillance exercée par l'OFCOM des programmes de radio et de télévision, des installations d'antennes 5G et de la légitimité à agir en tant que puissance publique de l'OFCOM et de l'organe de perception de la redevance radio-télévision.
2. Conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans ; RS 152.3), le demandeur a déposé, le 25 septembre 2023, une demande d'accès adressée à l'OFCOM en vue d'obtenir :
 - « Preuve certifiée conforme de la légitimation commerciale de votre mandant, le DETEC¹, conformément à l'ordonnance sur le registre du commerce² (toutes les indications publiques), y compris les indications relatives à leurs publications (FOSC³) »
 - « Preuve certifiée conforme du droit commercial de tous les mandataires commerciaux de votre mandant, en particulier l'OFCOM, avec indications de leurs publications (FOSC). »
 - « Preuve certifiée conforme indiquant qui, comment, pour quelle raison et par quel moyen ces mandataires commerciaux ont reçu le droit d'effectuer des actes de puissance publique et dans quel Etat ils ont prêté serment. »

¹ Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC).

² Ordonnance sur le registre du commerce (ORC ; RS 221.411).

³ Feuille officielle suisse du commerce (FOSC).

- « Preuve certifiée conforme de votre légitimité à agir en tant que puissance publique tout en étant inscrit au registre de commerce, puisqu'une société commerciale n'est pas autorisée selon la loi à exercer une activité publique, sauf exception documentée dans les règles. »
- 3. Le 29 septembre 2023, l'OFCOM a pris position et a, d'une part, renvoyé à ses réponses passées dans lesquelles il expliquait, en s'appuyant sur la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst. ; RS 101) et la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA ; RS 172.010) ainsi que sur le principe fondamental de la séparation des pouvoirs, les raisons pour lesquelles il était légitimé à agir en tant qu'organe investi de la « puissance publique ». D'autre part, l'OFCOM a renvoyé le demandeur vers les informations sur la législation fédérale suisse qui sont librement accessibles en ligne et a conclu au fait que, les renseignements demandés étant déjà accessibles au public, l'accès avait été accordé en application de l'art. 6 al. 3 LTrans.
- 4. Le 2 octobre 2023, le demandeur a déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé) dans laquelle il a contesté la prise de position de l'OFCOM et a indiqué que sa demande portait sur des documents officiels qui n'avaient pas encore été publiés vraisemblablement en possession de l'OFCOM.
- 5. Par courrier du 6 octobre 2023, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation. Le 9 octobre 2023, il a informé l'OFCOM du dépôt de la demande et lui a imparti un délai de 10 jours pour lui transmettre la correspondance avec le demandeur ainsi que les éventuels documents concernés et lui a donné la possibilité de lui remettre une prise de position complémentaire.
- 6. Le 19 octobre 2023, l'OFCOM a transmis au Préposé la correspondance avec le demandeur et a renoncé à une nouvelle prise de position mais a renvoyé à ses réponses au demandeur des 16 et 22 février 2023 ainsi que du 29 septembre 2023.
- 7. Les allégations du demandeur et de l'OFCOM 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

- 8. Le demandeur a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de l'OFCOM et a reçu une réponse (partiellement) négative. Etant partie à la procédure préliminaire de demande d'accès, il est légitimé à déposer une demande en médiation (art. 13 al. 1 let. a LTrans). Celle-ci a été remise 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).
- 9. 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 modalités⁴. 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

- 10. 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.⁵
- 11. L'objet de la présente recommandation porte sur les documents requis par le demandeur conformément à sa demande d'accès (voir ch. 2).
- 12. L'OFCOM, dans sa prise de position, renvoie le demandeur vers ses précédents écrits ainsi que vers les informations sur la législation fédérale pertinente publiées en ligne. L'autorité considère

⁴ 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.

⁵ «GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (eds.), Stämpfli's Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), n°8 ad art. 13.

que les documents répondant à la demande d'accès ayant déjà été publiés, la demande d'accès a été satisfaite (art. 6 al. 3 LTrans).

13. Le demandeur estime en revanche que l'OFCOM détient d'autres documents officiels répondant à sa demande d'accès qui n'auraient pas encore été publiés. Il ressort de sa correspondance avec l'OFCOM qu'il considère que les institutions de droit public ont été transformées en sociétés de capitaux privées et que ces sociétés ainsi que les unités organisationnelles qui leur sont rattachées ne sont plus légitimées à agir en tant que puissance publique. En outre, le demandeur relève que lesdites sociétés et leurs « ayants droits commerciaux » n'ont jamais été publiés dans la FOOSC et, partant, que ces sociétés ne sont pas légitimées par le droit commercial à conclure des contrats notamment avec l'organe de perception de la redevance radio-télévision. Sur cette base, le demandeur est de l'avis que l'OFCOM doit être en possession de justificatifs permettant de prouver sa légitimité commerciale, notamment des publications dans la FOOSC et sa légitimité à agir en tant que puissance publique.
14. D'après l'art. 6 al. 1 LTrans, toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités. Selon l'art. 5 al. 1 LTrans, on entend par document officiel toute information (let. a) qui a été enregistrée sur un quelconque support ; (let. b) qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée ; et (let. c) qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique. Il ressort de la condition de l'art. 5 al. 1 let. a LTrans que le document officiel doit exister.⁶ Selon 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 énoncées à l'art. 6 al. 1 et 2 LTrans sont réputées remplies. L'autorité peut, dans ce cas, renoncer à donner accès aux documents au sens de la loi sur la transparence et se limiter à communiquer les références nécessaires pour leur consultation conformément à l'art. 3 al. 2 OTrans.⁷
15. S'il existe des doutes quant à l'inexistence de documents officiels, alors le Préposé ne peut pas se limiter, conformément au message du Conseil fédéral relatif à la loi sur la transparence⁸ - repris par la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral⁹ -, à prendre connaissance des déclarations de l'administration. Il doit entreprendre des clarifications afin de mettre en balance la vraisemblance et le sérieux des allégations de l'autorité et du demandeur. D'après l'art. 20 LTrans, le Préposé dispose, dans la procédure de médiation, d'un droit d'accès et du droit d'obtenir des renseignements. Il a en particulier le droit d'avoir l'accès aux documents officiels qui font l'objet d'une procédure de médiation concrète. Il n'a cependant pas le moyen de contraindre l'autorité à lui remettre les documents ou les informations, ni le moyen de vérifier l'exhaustivité des informations ou des documents qui lui sont fournis.
16. En l'espèce, le demandeur a formulé des doutes quant à l'inexistence d'autres documents officiels permettant de répondre à sa demande d'accès. Toutefois, le demandeur n'a pas fourni au Préposé d'indices concrets permettant de conclure à l'existence d'autres documents officiels. Par ailleurs, au regard de la législation fédérale, aucun élément ne permet de douter du fait que l'OFCOM est une unité de l'administration centrale qui est légitimée de par la loi à agir en tant que puissance publique. Par conséquent, en l'absence d'indices concrets permettant de mettre en doute la position de l'autorité, le Préposé constate que, dans le contexte évoqué par le demandeur (cf. ch. 13), il est vraisemblable qu'il n'existe aucun autre document officiel en possession de l'OFCOM permettant de répondre à la demande d'accès et que les seuls documents légitimant l'OFCOM à agir en tant que puissance publique sont disponibles publiquement (cf. ch. 3).
17. En tenant compte de ce qui précède, le Préposé arrive à la conclusion que l'OFCOM a accordé l'accès aux documents officiels demandés (art. 6 al. 3 LTrans)¹⁰ et qu'il n'existe pas d'autres documents officiels répondant à la demande d'accès (art. 5 al. 1 let. a LTrans *a contrario*).

⁶ FF 2003 1834.

⁷ MAHON/GONIN, Handkommentar zum BGÖ, Art. 6, ch. 66.

⁸ FF 2003 1835.

⁹ Arrêt du TAF A-7235/2015 du 30 juin 2016, consid. 5.4.

¹⁰ FF 2003 1822.

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

18. L'Office fédéral de la communication maintient sa position.
19. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, le demandeur peut requérir que l'Office fédéral de la communication rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) s'il n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
20. L'Office fédéral de la communication rend une décision selon l'art. 5 PA s'il n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 2 LTrans).
21. L'Office fédéral de la communication 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).
22. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, le nom du demandeur est anonymisé (art. 13 al. 3 OTrans).
23. La recommandation est notifiée à :
 - Recommandé (R) avec avis de réception
X. __ (Demandeur)

 - Recommandé (R) avec avis de réception
Office fédéral de la communication OFCOM
2501 Bienne

Reto Ammann
Chef Domaine de direction
Principe de la transparence

Mélissa Beutler
Juriste Domaine de direction
Principe de la transparence