



1C_532/2016

Arrêt du 21 juin 2017

Ire Cour de droit public

Composition

MM. les Juges fédéraux Merkli, Président, Fonjallaz, Eusebio, Chaix et Kneubühler.

Greffier : M. Kurz.

Participants à la procédure

Association Paysage Libre Suisse - Freie Landschaft Schweiz, représentée par Me Yves Nicole, avocat, recourante,

contre

Swissgrid SA,
intimée.

Objet

refus d'accès à des documents officiels (LTrans),

recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour I, du 11 octobre 2016.

Faits :

A.

Le 16 août 2012, l'association Paysage Libre - Rassemblement pour une politique raisonnable de l'énergie et de l'aménagement du territoire (ci-après; la requérante) s'est adressée à Swissgrid SA (ci-après: Swissgrid) pour lui demander, en vertu de la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans, RS 152.31), copie des listes de bénéficiaires de la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) ainsi que des listes d'attente. Swissgrid lui répondit qu'elle n'appartenait pas à l'administration fédérale et ne disposait d'aucun pouvoir décisionnel, de sorte que la LTrans ne s'appliquait pas.

La requérante a saisi le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après: le préposé). Celui-ci a requis des prises de position de l'Office fédéral de l'énergie (OFEN) et de la Commission fédérale de l'électricité (EiCom); le premier a considéré que Swissgrid était soumise à la LTrans car elle rendait des décisions contraignantes dans le cadre de la RPC; la seconde au contraire a considéré que Swissgrid ne disposait d'aucune compétence décisionnelle.

Par recommandation du 9 juillet 2014, le préposé a invité Swissgrid à donner accès aux listes des bénéficiaires de la RPC pour les installations d'une puissance supérieure à 30 kW; l'accès devait être accordé pour les listes de 2008 à 2010 et Swissgrid devait indiquer où trouver les listes 2011 à 2013 publiées sur le site de l'OFEN. L'accès aux listes devait aussi être accordé pour les installations d'une puissance inférieure à 30 kW; l'accès n'était pas accordé pour la liste d'attente. Le préposé a considéré que Swissgrid exécutait une tâche publique, respectivement qu'elle rendait des décisions formelles. Aucun intérêt prépondérant ne s'opposait à la demande d'accès, mis à part pour les listes d'attente.

Invitée par la requérante à statuer dans le sens de la recommandation, Swissgrid a refusé d'entrer en matière le 24 août 2014, persistant à considérer qu'elle n'était pas soumise à la LTrans.

B.

Par arrêt du 11 octobre 2016, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a rejeté le recours formé par la requérante. Dans un précédent arrêt du 4 juillet 2013, le TAF avait considéré que Swissgrid ne rendait pas de décision au sens de l'art. 5 PA lorsqu'elle se prononçait en matière de RPC. Sa qualité de concessionnaire monopolistique n'en faisait pas une autorité. La demande d'accès pouvait être formée auprès de l'EiCom, voire de l'OFEN.

C.

L'association Paysage Libre forme un recours en matière de droit public contre cet arrêt. Elle en demande la réforme en ce sens que le recours au TAF est partiellement admis et que l'accès est accordé pour les données suivantes: données selon l'art. 3r al. 4 OEné non anonymisées antérieures à 2011 pour les installations de 30 kW et plus bénéficiant de RPC; données non anonymisées pour les installations de moins de 30 kW y compris avant 2011; données non anonymisées pour les installations ou projets en liste d'attente. Subsidiairement, elle conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause au TAF pour qu'il procède dans le sens des considérants.

Le TAF et le préposé ont renoncé à prendre position. Swissgrid conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. La recourante a déposé de nouvelles déterminations le 1er mai 2017, persistant dans ses conclusions. Il n'a pas été présenté d'observations supplémentaires.

Considérant en droit :

1.

L'arrêt attaqué, relatif à l'accès à des documents officiels au sens de la LTrans, constitue une décision finale rendue dans une cause de droit public (art. 82 let. a LTF). L'auteur de la demande d'accès aux documents dispose de la qualité pour agir selon l'art. 89 al. 1 LTF. L'avocat de la recourante a produit une procuration valable en annexe au recours. Contrairement à ce que soutient l'intimée, l'arrêt attaqué n'est pas une décision d'irrecevabilité; il statue au fond sur le droit d'accès réclamé par la recourante. Dès lors, conformément à l'art. 107 al. 2 LTF, les conclusions en réforme sont recevables, sous réserve notamment du droit d'être entendu des parties (cf. consid. 2.4 ci-dessous). En vertu de l'art. 99 al. 1 LTF, les pièces nouvelles sont irrecevables. Il ne sera dès lors pas tenu compte de la pièce produite en annexe au recours, dans la mesure où elle ne résulte pas de l'arrêt attaqué au sens de cette disposition.

Le recours en matière de droit public peut être formé pour violation du droit fédéral - y compris constitutionnel (art. 95 let. a LTF). Le Tribunal fédéral n'examine la violation de droits fondamentaux que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF). Il conduit par ailleurs son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente (cf. art. 105 al. 1 LTF).

2.

Sur le fond, la recourante persiste à considérer que l'intimée devrait être en tant que telle soumise à la LTrans. Il s'agit d'une société anonyme dont le capital doit être majoritairement détenu par les cantons et les communes et qui doit satisfaire à des exigences d'indépendance. Même si elle ne figure pas dans les listes de l'Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA RS 172.010.1), elle exécuterait dans le cadre de la RPC une tâche publique portant sur plus de 100 millions de francs par an, sous la surveillance de la Confédération et de l'EiCom, et devrait être assimilée à une entité de droit public au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LTrans. Dans certains arrêts, le TAF avait reconnu qu'elle accomplissait une tâche publique en étant chargée de l'octroi et du versement des RPC. La recourante estime par ailleurs, à titre subsidiaire, que l'art. 2 al. 1 let. b LTrans s'appliquerait à l'intimée. En effet, dans le cadre de la RPC, l'art. 3g al. 3 OEné prévoit que celle-ci vérifie si les conditions d'octroi sont vraisemblablement remplies et notifie le résultat de son examen au moyen d'une décision. Lorsque celle-ci est positive, il n'y a plus d'intervention de l'EiCom. Dans le cas contraire, l'accès à l'EiCom serait une voie de recours. Le caractère décisionnel serait confirmé par d'autres dispositions de l'OEné. L'arrêt auquel le TAF se réfère ne traiterait de la question que sous la forme d'un obiter dictum. Le fait que le pouvoir décisionnel ne repose pas sur une base légale formelle ou sur une délégation suffisante ne serait pas non plus pertinent. Le renvoi à agir auprès de l'EiCom serait enfin injustifié puisque, notamment, c'est l'intimée qui détient les documents.

2.1. Le but de la LTrans est de renverser le principe du secret de l'activité de l'administration au profit de celui de transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité du secteur public. Il s'agit en effet de rendre le processus décisionnel de l'administration plus transparent dans le but de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques de même que la confiance des citoyens dans les autorités, tout en améliorant le contrôle de l'administration (**ATF 133 II 209** consid. 2.3.1 p. 213; Message LTrans, FF 2003 1807 ss, 1819, 1827). Conformément à ce but, la loi définit de manière large la notion de documents officiels (art. 5 LTrans), le champ d'application *ratione personae* (art. 2 LTrans) ainsi que les bénéficiaires et les conditions d'exercice du droit d'accès (art. 6 LTrans).

2.2. La loi s'applique ainsi à l'ensemble de l'administration fédérale (art. 2 al. 1 let. a LTrans), y compris les organismes de droit public ou privé chargés de rendre des décisions. La notion d'administration fédérale est définie aux art. 178 Cst. et 2 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010). Il s'agit de l'ensemble de l'administration subordonnée au Conseil fédéral, soit les départements et les offices ainsi que la Chancellerie fédérale. La notion s'étend également aux unités administratives

décentralisées disposant d'une organisation et d'un statut spécifiques tout en étant subordonnées sous une forme ou une autre à l'administration fédérale centrale. Le Message Ltrans (p. 1829) mentionne les entités suivantes à titre d'exemples: le préposé à la protection des données, les Ecoles polytechniques fédérales, Swissmedic, l'Institut suisse de droit comparé, la Régie fédérale des alcools, la Commission de la concurrence.

Selon l'art. 6 al. 2 OLOGA, les personnes ou les organisations de droit public ou de droit privé créées par la loi qui fournissent des prestations ayant essentiellement un caractère monopolistique ou qui exercent des tâches relevant de la surveillance économique ou de la surveillance de la sécurité font aussi partie de l'administration fédérale décentralisée. A l'inverse, les organisations ou personnes extérieures à l'administration qui remplissent les tâches administratives visées à l'art. 2 al. 4 LOGA et dont les prestations consistent essentiellement en prestations proposées sur le marché ne font pas partie de l'administration fédérale. Cela vaut également pour les organisations ou les personnes de droit privé qui reçoivent de la Confédération une aide financière ou une indemnité au sens de la loi sur les subventions ou dans lesquelles la Confédération détient une participation minoritaire (art. 6 al. 3 OLOGA). L'art. 7a OLOGA concrétise ces principes et rattache ainsi à l'administration fédérale décentralisée les corporations, fondations et établissements de droit public institués par la loi et qui sont devenus juridiquement autonomes, ainsi que les sociétés anonymes dans lesquelles la Confédération détient la majorité du capital ou des voix, pour autant que leurs prestations ne consistent pas essentiellement en prestations fournies sur le marché. Selon l'art. 8 OLOGA, l'annexe 1 dresse la liste complète des unités de l'administration fédérale centrale et de l'administration fédérale décentralisée.

2.2.1. Le réseau électrique qui sert au transport d'électricité sur de grandes distances à l'intérieur du pays ainsi qu'à l'interconnexion avec les réseaux étrangers est exploité par la société nationale de réseau de transport Swissgrid SA (cf. art. 4 al. 1 let. h et 18 de la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007 - LApEI; RS 734.7). Elle est constituée sous la forme d'une société anonyme dont le siège est en Suisse et dont le capital et les droits de vote doivent être détenus en majorité, directement ou indirectement, par les cantons et les communes. Ses parts ne peuvent être cotées en bourse (art. 18 al. 1-5 LApEI). Ses statuts sont soumis à l'approbation du Conseil fédéral (art. 19 LApEI). Elle est notamment chargée de l'exploitation et de la surveillance du réseau en Suisse, assume la responsabilité de la gestion des bilans d'ajustement et peut ordonner les mesures nécessaires lorsque la stabilité de l'exploitation du réseau est menacée (art. 20 al. 2 LApEI). Swissgrid n'est pas mentionnée sur la liste des unités de l'administration fédérale centrale et des unités décentralisées (annexe 1 OLOGA), définie comme complète (art. 8 al. 1 OLOGA).

2.2.2. La question de savoir si, comme le soutient la recourante, Swissgrid peut être rattachée à l'administration fédérale au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LTrans, peut en définitive demeurer indécise. En effet, comme on le verra ci-après, il y a lieu d'admettre l'application de la LTrans en vertu de l'art. 2 al. 1 let. b de cette loi.

2.3. Selon cette disposition, le principe de transparence est aussi applicable aux organismes de droit public ou privé extérieurs à l'administration fédérale (art. 2 al. 4 OLOGA) s'ils ont le pouvoir de rendre des décisions de première instance au sens de l'art. 5 PA. Le droit d'accès porte uniquement sur les documents officiels qui sont en rapport direct avec ce pouvoir décisionnel. Le droit d'accès aux documents ne doit en effet pas dépendre du fait que l'administration exécute elle-même ou non l'exercice d'une tâche particulière (SÄGESSER, IN: BRUNNER/MADER (ÉD.), Öffentlichkeitsgesetz, Berne 2008 n° 38 ad art. 2). Le Message (p. 1830) mentionne notamment le Fond national suisse de la recherche scientifique (cf. aussi arrêt 1C_74/2015 du 2 décembre 2015), Pro Helvetia, les CFF, la Poste suisse, la CNA et la SSR.

2.3.1. La notion de décision au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans est celle de l'art. 5 PA. Constitue une décision une mesure prise par une autorité dans un cas d'espèce, fondée sur le droit public fédéral et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou obligations (décision formatrice positive, let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droit ou d'obligations (décision constatatoire, let. b) ou de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (décision formatrice négative, let. c). Une décision au sens de l'art. 5 PA intervient typiquement dans un cas individuel et concret. La notion de décision implique par ailleurs un rapport juridique obligatoire et contraignant entre son auteur et son destinataire. De simples déclarations, comme des opinions, des communications, des prises de position, des recommandations ou des renseignements n'entrent pas dans la catégorie des décisions, faute de caractère juridique contraignant. 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 (arrêt 2C_271/2012, consid. 1.3 non publié à l'**ATF 139 II 384**).

2.3.2. Selon l'art. 7a de la loi sur l'énergie (LEne, RS 730.0), la RPC est un instrument de la Confédération servant à promouvoir la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables. Les gestionnaires de réseau sont tenus de reprendre et de rétribuer toute l'électricité produite dans des installations nouvelles et utilisant la force hydraulique (jusqu'à 10 mégawatts), le photovoltaïque (à partir de 10 kilowatts), l'énergie éolienne, la géothermie, la biomasse et les déchets qui en proviennent. La RPC compense la différence entre le coût de la production et le prix du marché, garantissant ainsi aux

producteurs de courant renouvelable un prix qui couvre leurs frais. Le fonds RPC est alimenté par tous les consommateurs de courant, au moyen d'une taxe perçue sur chaque kilowattheure consommé. Les tarifs de rétribution de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sont déterminés par le Conseil fédéral en fonction de la technologie et par classe de puissance, en fonction d'installations de référence (art. 7a al. 2 LEné). La durée de la rétribution est de 20 ans (10 ans pour les installations d'infrastructure). Les tarifs de rétribution sont régulièrement examinés et, si nécessaire, adaptés. Selon l'art. 3g al. 3 de l'Ordonnance sur l'énergie (OEné, RS 730.1), quiconque veut construire une nouvelle installation doit annoncer son projet à Swissgrid. L'art. 3g al. 3 OEné règle dans les termes suivants la procédure d'annonce et de décision auprès de la société nationale du réseau de transport:

1 Quiconque veut construire une nouvelle installation doit annoncer son projet à la société nationale du réseau de transport. L'annonce doit comporter en particulier:

a. les documents visés aux appendices 1.1 à 1.5;

b. pour la rénovation et l'agrandissement d'installations existantes, les données prévues à l'art. 3a.

2 La date du jour où l'annonce complète est déposée à La Poste Suisse fait foi.

3 La société nationale du réseau de transport vérifie si les conditions d'octroi sont vraisemblablement remplies. En se basant sur le prix du marché déterminant au moment de sa décision, elle examine également si le projet peut s'intégrer dans l'augmentation de capacité visée à l'art. 7a, al. 2, let. d, de la loi, ou dans la somme maximale des suppléments visés à l'art. 7a, al. 4, de la loi. Elle notifie le résultat de son examen au requérant au moyen d'une décision. Cette décision n'a aucun effet préjudiciel sur les procédures d'autorisation et d'octroi de concession nécessaires pour le projet. Cet élément doit être précisé dans la décision.

4 S'il apparaît que la somme des rémunérations va vraisemblablement atteindre l'augmentation de capacité ou le plafond des suppléments, l'OFEN communique à la société nationale du réseau de transport qu'elle ne doit plus rendre de décisions.

Se référant à un précédent arrêt (A-265/2012 du 4 juillet 2013), le TAF a considéré que le texte français de cette disposition (décision, notifier - "decisione" et "notificare" selon le texte italien) ne devait pas être interprété littéralement, le texte allemand utilisant le terme "Bescheid" (respectivement *mitteilen*) qui correspondrait à un simple avis. Les décisions formelles en matière de RPC seraient rendues par l'EiCom. Le législateur fédéral n'avait d'ailleurs pas autorisé le Conseil fédéral à déléguer une part de puissance publique à la société nationale de transport. Cet arrêt est fondé sur une simple analyse littérale des textes, et n'examine pas la portée matérielle de l'acte par lequel Swissgrid accorde ou non les RPC. Or, il apparaît que lorsque Swissgrid se prononce favorablement sur une demande d'octroi, le versement de la rétribution ne dépend pas de l'intervention d'une autre autorité. L'OFEN n'intervient que lorsque la somme des rémunérations s'approche du maximum (art. 3g al. 4 OEné); la EiCom ne se prononce qu'en cas de litige (notamment sur l'accès au réseau, les conditions d'utilisation, les tarifs et la rémunération). Elle vérifie d'office notamment les tarifs et la rémunération pour l'utilisation du réseau, mais les compétences dont elle dispose en tant qu'autorité de surveillance ne sauraient en faire, de manière générale, l'autorité de première instance dans le cadre de l'octroi des RPC. Il apparaît au contraire que lorsque Swissgrid accorde la RPC, au terme de la procédure décrite à l'art. 3g OEné, cela confère à son bénéficiaire un véritable droit subjectif que celui-ci peut faire valoir (par exemple en cas de révocation, cf. arrêt 1C_231/2015 du 23 novembre 2016 consid. 6.2.4; arrêt du TAF précité). Le caractère formateur de cet acte ressort encore clairement, notamment, de l'art. 3h bis al. 1 OEné selon lequel la décision perd son caractère *obligatoire* ("die Verbindlichkeit des Bescheids fällt"), et de l'art. 3i quinquies al. 2 selon lequel la société révoque la décision ("widerruft den Bescheid"). Le fait que l'art. 3g OEné ne reposerait pas, selon le TAF, sur une base légale suffisante et que la nouvelle loi sur l'énergie du 30 septembre 2016 confère désormais expressément des compétences à une entité dépendante de Swissgrid, comme celle-ci le relève, n'enlève rien non plus à la nature décisionnelle de l'acte en question et à la nécessité de le soumettre au principe de la transparence. Il y a ainsi lieu d'admettre que l'intimée rend bien des décisions, au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans, lorsqu'elle accorde la rétribution à prix coûtant. Les décisions requises (liste des bénéficiaires et des requêtes sur listes d'attente) se rapportent précisément à cette compétence, de sorte qu'ils sont en principe soumis à la LTrans.

2.4. La recourante estime que toutes les conditions d'accès seraient réunies, en l'absence d'une loi spéciale et de motifs d'exception au droit d'accès. Le TAF ne s'est toutefois pas prononcé sur ces questions, et il n'appartient pas au Tribunal fédéral de le faire en première instance de recours. L'intimée ne s'est d'ailleurs pas exprimée sur ces points dans la présente procédure, et la recourante réclame un droit d'accès plus large que celui qui lui a été reconnu par le préposé, lequel a considéré que les listes d'attente ne devaient pas être accessibles. Il y a donc lieu de renvoyer la cause au TAF afin qu'il examine dans le détail la portée du droit d'accès.

3.

Sur le vu de ce qui précède, le recours est admis. L'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée à l'instance précédente pour nouvelle décision au sens des considérants. La recourante, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens, à la charge de l'intimée (art. 68 al. 2 LTF). Chargée comme on l'a vu de tâches de droit public en ce qui concerne l'octroi des RPC, l'intimée Swissgrid SA ne peut se voir imposer le paiement des frais judiciaires (art. 66 al. 4 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis. L'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour nouvelle décision au sens des considérants.

2.

Une indemnité de dépens de 3'000 fr. est allouée à la recourante, à la charge de l'intimée Swissgrid SA.

3.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, au Tribunal administratif fédéral, Cour I, et au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence.

Lausanne, le 21 juin 2017

Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Merkli

Le Greffier : Kurz