

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

1C 533/2018

Arrêt du 26 juin 2019

Ire Cour de droit public

Composition
MM. les Juges fédéraux Chaix, Président,
Merkli et Fonjallaz.
Greffier : M. Kurz.

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

contre

Pronovo AG,
intimée.

Objet
Refus d'accès à des documents officiels (LTrans),

recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour I, du 6 septembre 2018
(A-3884/2017).

Faits :

A.

Le 16 août 2012, l'association Paysage Libre Suisse (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'était pas soumise à la LTrans. La requérante a saisi le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après: le préposé) qui, par recommandation du 9 juillet 2014, 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'Office fédéral de l'énergie (ci-après : l'OFEN). L'accès aux listes devait aussi être accordé pour les installations d'une puissance inférieure à 30 kW, mais pas 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 29 août 2014, persistant à considérer qu'elle n'était pas soumise à la LTrans. Par arrêt du 11 octobre 2016, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a confirmé cette décision. Par arrêt du 21 juin 2017 (1C 532/2016), le Tribunal fédéral a en revanche considéré que Swissgrid rendait des décisions au sens de l'art. 5 PA lorsqu'elle

accordait la RPC, et que la LTrans s'appliquait. La cause a été renvoyée au TAF afin qu'il examine dans le détail la portée du droit d'accès.

B.

Statuant à nouveau par arrêt du 6 septembre 2018, le TAF a admis partiellement le recours de la requérante. Celle-ci avait réduit ses conclusions en cours de procédure et avait limité sa demande d'accès aux entités ayant obtenu une décision d'octroi de RPC. S'agissant de celles d'entre elles qui avaient reçu un versement (catégorie 1), il pouvait être renvoyé à la liste publiée sur le site internet de l'OFEN pour la période de 2011 à fin 2017, en supprimant les anonymisations effectuées pour quelques installations de 30 kW. Pour les années 2008 à 2010, la recourante avait renoncé à l'obtention de données non anonymisées pour les installations de moins de 30 kW. Les autres données devaient être communiquées à la recourante. S'agissant des entités ayant bénéficié d'une décision positive, mais n'ayant pas encore reçu de prestations (catégorie 2), celles-ci disposaient d'un intérêt privé plus important alors que l'intérêt public à la transparence était moindre puisqu'il n'y avait pas encore de distribution d'argent. Un refus ou un ajournement de communication ne se justifiait pas, mais une anonymisation s'imposait en ce qui concernait les données personnelles des bénéficiaires potentiels (identité, adresses postale et électronique, commune, canton). En revanche, les dates d'annonce, d'avancement et de mise en service du projet devaient être accessibles, de même que l'agent énergétique de l'installation, la puissance, la production, la fin du contrat et le montant budgetisé pour l'installation.

C.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, Paysage Libre Suisse demande au Tribunal fédéral de réformer l'arrêt du TAF en ce sens que la recourante obtient, en plus de l'accès consacré par l'instance précédente, la communication de la liste complète et nominative des installations de 30 kW et plus rattachées à la "catégorie 2" (soit les installations au bénéfice d'une décision positive pour la RPC, mais non encore réalisées) de 2008 à 2017; subsidiairement, elle conclut à ce que la liste de ces installations soit complétée par l'indication du code postal, de la commune et du canton de l'installation; plus subsidiairement, elle demande le renvoi de la cause au TAF pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Le Tribunal administratif fédéral a renoncé à formuler des observations. Pronovo AG (qui a succédé à Swissgrid SA au 1er janvier 2018 dans le domaine de l'octroi des RPC) conclut au rejet du recours. Invité à se déterminer, le préposé y a renoncé. Les parties n'ont pas déposé d'écritures 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). La recourante, auteur de la demande d'accès aux documents, dispose de la qualité pour agir selon l'art. 89 al. 1 LTF. Les conclusions, principales et subsidiaires, sont recevables au regard de l'art. 107 LTF.

1.1. 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).

1.2. S'agissant du droit applicable, l'arrêt attaqué retient que la RPC a été remplacée depuis le 1er janvier 2018 par le système de rétribution de l'injection (SRI) et la rétribution unique (RU), Swissgrid ayant été remplacée par une filiale dans ces tâches. La requête ne concernait que les RPC et devait donc être traitée selon l'ancien droit, en particulier l'ancienne ordonnance sur l'énergie (aOENE; RS 730.01, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017). Cela n'est pas contesté par les parties.

2.

Le recours ne porte plus que sur les données concernant les installations de 30 kW ou plus bénéficiant d'une

décision positive de RPC, mais non encore en service (catégorie 2). La recourante relève qu'un refus d'accès à ces données fondé sur l'art. 7 al. 2 LTrans devrait reposer sur des motifs clairs et convaincants. Elle considère en premier lieu que les entités concernées bénéficient déjà d'avantages importants au sens de l'art. 6 al. 2 let. c de l'ordonnance du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence dans l'administration (OTrans, RS 152.31). Si aucune somme d'argent n'est encore versée, la décision de principe conférerait des droits subjectifs à son bénéficiaire puisqu'elle se prononce sur la viabilité économique du projet et permettrait notamment d'obtenir des financements. L'ancienne ordonnance sur l'énergie, qui n'est pas de rang législatif, ne permettrait pas de réduire le droit d'accès au sens de l'art. 4 LTrans. Au demeurant, seules les données relevant de la catégorie 3 (liste d'attente proprement dite) ne devaient pas être publiées selon l'art. 3r al. 3 aOEne. Le seul critère du versement effectif d'argent limiterait donc indûment la portée de l'art. 6 al. 2 let. c OTrans. L'intérêt public à la transparence

serait considérable compte tenu des montants en jeu. Les intérêts privés opposés à une publication nominative - laquelle a de toute façon lieu dès la mise en service - seraient inexistantes car on ne verrait pas quelle serait l'atteinte à un secret d'affaires ou à des stratégies d'investissements. Aucune donnée sensible ne serait en jeu.

2.1. Selon l'art. 6 LTrans, toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités. Ce droit d'accès général concrétise le but fixé à l'art. 1er de la loi, qui 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. Selon l'art. 7 al. 2 LTrans, le droit d'accès est 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. Tel est le cas en particulier, à teneur de l'art. 6 al. 2 OTrans, lorsque le droit d'accès à un document répond à un besoin particulier d'information de la part du public suite notamment à des événements importants (let. a) ou 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).

Le droit d'accès est également limité, différé ou refusé lorsque l'accès à un document officiel peut révéler des secrets professionnels, d'affaire ou de fabrication (art. 7 al. 1 let. g LTrans). La notion de secret doit être comprise dans un sens large puisqu'il s'agit de toute information qu'une entreprise est légitimée à vouloir conserver secrète, soit plus concrètement les données susceptibles d'influer sur la marche de ses affaires ou d'entraîner une distorsion de concurrence au cas où des entreprises concurrentes en prendraient connaissance (ATF 142 II 340 consid. 3.2 p. 345).

2.3. L'art. 3r aOEne a la teneur suivante:

1 L'OFEN évalue les données annoncées sur la base des art. 1g et 3p, al. 1, et celles de l'annonce, notamment concernant:

- a. le nombre d'installations par technologie et par canton;
- b. la puissance globale et la production annuelle;
- c. les rétributions par classe de puissance concernée par la rétribution;
- d. les catégories de producteurs et leur part à l'ensemble des rétributions versées;
- e. l'emplacement des installations, la production et la rétribution versée aux producteurs;
- f. les coûts d'exécution.

2 Il peut aussi intégrer des projets figurant sur la liste d'attente dans les évaluations.

3 Il publie régulièrement les résultats. Les projets figurant sur la liste d'attente en sont exclus.

4 Il publie les données suivantes sur les installations bénéficiant d'une rétribution:

- a. nom du producteur et emplacement de l'installation;
- b. agent énergétique utilisé;
- c. catégorie et type d'installation;
- d. puissance;
- e. production obtenue;
- f. montant de la rétribution;
- g. date d'annonce;
- h. date de mise en service;
- i. durée de la rétribution.

5 Les données relatives aux installations d'une puissance inférieure à 30 kW sont publiées sous une forme anonyme.

2.4. Sur la base de cette réglementation, le TAF a considéré que la liste des bénéficiaires de RPC devait être accessible, tant pour les données publiées sur internet à partir de 2012 que pour les années précédentes; en adoptant les dispositions précitées, le Conseil fédéral avait procédé à une appréciation anticipée des intérêts en présence. S'agissant des bénéficiaires d'une décision positive n'ayant pas encore reçu de prestations, l'intimée relevait que la mise en attente d'un projet résultait d'un simple examen préalable, le versement de la RPC nécessitant encore la réalisation du projet ainsi que la détermination du montant de la RPC. Ainsi, l'art. 3s aOEne limitait le droit aux renseignements aux requérants (s'agissant de la place de leur projet dans la liste d'attente), aux cantons et aux communes. Il s'agissait d'empêcher que les projets ne soient connus trop tôt et d'éviter que les stratégies en matière de construction des sociétés d'investissement ne soient visibles à la concurrence.

Le TAF a considéré que cette objection n'était pas suffisamment motivée, de sorte que l'exception prévue à l'art. 7 al. 1 let. g LTrans n'était pas réalisée. En revanche, suivant l'avis de l'intimée, l'instance précédente rappelle que les listes de décisions positives contiennent des données personnelles, de sorte qu'il y a lieu d'examiner le droit d'accès au regard des art. 7 al. 1, 9 LTrans, 6 OTrans et 19 de la loi fédérale du 10 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1). Le bénéficiaire d'une décision positive doit encore construire l'installation - selon une procédure sur laquelle la décision d'octroi n'avait aucune influence - et la mettre en service dans les délais fixés, faute de quoi la décision positive peut être révoquée; le montant de la rétribution n'est fixé que lors de la mise en service. L'intérêt public à la transparence pourrait ainsi tenir au contrôle du fonctionnement du délégataire, mais non à la distribution d'argent puisque celle-ci n'avait pas encore lieu.

2.5. Les documents dont l'accès est encore litigieux à ce stade constitue une catégorie intermédiaire entre les données des installations bénéficiant de la RPC (dont la publication est imposée par l'art. 3r al. 4 aOEne) et les projets au sujet desquels aucune décision n'a encore été rendue (liste d'attente proprement dite, dont la publication est exclue selon l'art. 3r al. 3 OEne). Ainsi, s'il s'est inspiré de la réglementation prévue par cette disposition, le TAF n'a nullement retenu que celle-ci s'opposait au droit d'accès pour les documents de la catégorie 2; il n'a donc pas appliqué l'art. 4 LTrans, de sorte qu'il n'y a pas lieu de rechercher si les dispositions de l'aOEne peuvent constituer une base légale suffisante au sens de cette disposition.

2.6. L'intimée ne se prévaut pas de la protection des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication au sens de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans. L'existence d'un secret protégé dépend en effet de la réalisation de quatre conditions cumulatives: il doit y avoir un lien entre l'information et l'entreprise; l'information doit être relativement inconnue, c'est-à-dire ni notoire ni facilement accessible; il doit exister un intérêt subjectif au maintien du secret (volonté du détenteur de ne pas révéler l'information) et cet intérêt doit être objectivement fondé (intérêt objectif; ATF 144 II 77 consid. 3 p. 80; arrêt 1C 562/2017 du 2 juillet 2018 consid. 3.1-3.2). L'atteinte doit présenter un certain degré de vraisemblance qu'il appartient à l'intimée de démontrer (ATF 144 II 91 consid. 3.1 p. 102). L'instance précédente a considéré à juste titre que le délégataire n'offrait aucune démonstration sur ce point.

2.7. En revanche, il est incontestable que les documents litigieux contiennent des données personnelles au sens de l'art. 7 al. 2 LTrans. La notion de données personnelles au sens de la LTrans correspond à la définition de l'art. 3 LPD (ATF 144 II 91 consid. 4.2 p. 103 s.). Il s'agit de "toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable". en l'occurrence, les documents dont l'accès est requis contiennent

l'identité complète des producteurs et l'emplacement des installations (cf. art. 3r al. 4 let. a aOEne; ATF 144 I 77 consid. 5.1 p. 83). La divulgation de ces données se trouve ainsi subordonnée à l'existence d'un intérêt public à la transparence qui soit jugé prépondérant (art. 7 al. 2 LTrans). L'art. 6 OTrans donne plusieurs exemples d'une telle situation, en particulier lorsqu'il existe un besoin particulier d'information du public, suite notamment à des événements importants (let. a), ou lorsque la personne concernée est liée à une autorité par un rapport de fait ou de droit qui lui procure des avantages importants (let. c). La recourante ne fait état d'aucun événement particulier qui justifierait un besoin d'information du public. Elle soutient en revanche que la décision de principe

concernant l'octroi de RPC conférerait un avantage important puisqu'elle serait une condition sine qua non de la réalisation du projet et que cela garantirait la viabilité économique du projet dans la perspective d'un financement bancaire.

Selon l'art. 3g al. 3 aOEne, l'autorité ne statue que prima facie, dans la décision d'octroi, sur le respect des conditions posées. En outre, selon la même disposition, cette décision n'a aucun effet préjudiciel sur les procédures d'autorisation et d'octroi de concession nécessaires pour le projet, cet élément devant être précisé dans la décision. Celle-ci doit donc être suivie de la réalisation concrète du projet, laquelle nécessite des autorisations (planification, construction) qui ne dépendent pas de l'autorité délégataire. La mise en service a encore lieu à un stade ultérieur, tout comme l'annonce visée à l'art. 3h aOEne, qui doit être effectuée dans les délais prévus par les appendices 1.1 à 1.5 de l'ordonnance; c'est seulement à ce moment que la société nationale du réseau de transport communique le taux de rétribution au requérant (art. 3h al. 3 OEne). Au stade de la décision de principe, le bénéficiaire d'octroi de la RPC dispose certes de certaines prérogatives et peut notamment se prévaloir de cette décision pour obtenir un financement de l'installation, mais rien ne garantit qu'il y aura in fine un versement effectif. L'on ne saurait dans ces circonstances y voir un avantage considérable au sens de l'art. 6 let.

c

OTrans. La recourante soutient en vain que la situation serait comparable aux décisions de garanties en cas de déficit, ou les engagements de sponsoring; dans ces cas en effet, la mise en oeuvre du versement est inconditionnelle et ne dépend que d'un événement déterminé, et non d'une série de décisions (qui ne dépendent pas de l'autorité délégataire), assortie du respect de certains délais. Par ailleurs en cas de mise en service de l'installation et de versement effectif, l'information du public est, comme on la vu, assurée ex lege, afin de permettre au public de vérifier de quelle manière sont redistribués les suppléments payés par les consommateurs finaux. En l'absence de versement, cet intérêt est évidemment moindre et ne saurait justifier la révélation de données personnelles qui doit, aux termes des art. 7 al. 2 LTrans et 6 OTrans, demeurer exceptionnelle.

Le premier grief, qui tend à un droit d'accès aux données non anonymisées, doit par conséquent être rejeté.

3.

Dans une argumentation subsidiaire, la recourante estime que l'anonymisation ordonnée par l'instance précédente serait exagérée : elle relève que les listes publiées par l'OFEN ne sont pas aussi fortement anonymisées puisque le code postal, la commune et le canton de l'installation y figurent. Le TAF a estimé que les données d'identification (nom, raison sociale, adresses postale et électronique, téléphone) n'étaient pas nécessaires pour contrôler le bon fonctionnement de l'institution. Pour la recourante, il n'appartenait pas à cette instance de décider a priori quelles données étaient pertinentes, alors que le demandeur du droit d'accès n'a pas en principe à justifier sa démarche. Elle estime que les données réduites qui lui sont communiquées ne lui permettraient pas de vérifier la répartition des installations sur le territoire ou l'impact des transferts de décisions positives sur la répartition géographique, et réclame la communication, pour les installations de 30 kW et plus, du code postal, de la commune et du canton de l'installation.

3.1. Conformément au principe de la proportionnalité, lorsque cela est possible, une remise de documents anonymisés doit être préférée à un refus (art. 9 al. 1 LTrans). Lorsque les documents ne peuvent pas être anonymisés, l'art. 19 LPD (plus précisément l'art. 19 al. 1bis LPD) est applicable et implique une pesée d'intérêts (ATF 144 II 77 consid. 3 p. 80 et 5 p. 83).

3.2. En l'occurrence, l'anonymisation préconisée par le TAF porte sur les nom, prénom, raison sociale, adresse, localité, canton, numéro de téléphone et adresse électronique des bénéficiaires. Les dates d'annonce du projet, d'avancement et d'entrée en service, l'agent énergétique et le type de l'installation, la puissance en kW, la pro-

duction en kWh, la fin du contrat pour l'installation et le montant budgétisé pouvaient être révélés, de même que la nature (personne physique ou morale) des bénéficiaires. Les renseignements caviardés sont destinés à empêcher l'identification des personnes au bénéfice d'une décision d'octroi, et l'on ne voit pas quelle autre mesure permettrait de parvenir au même résultat. Les données disponibles permettent d'obtenir une vue d'ensemble sur les diverses décisions d'octroi de RPC, avant le versement de celle-ci. La recourante prétend vouloir "interpeller sur la nécessité d'une répartition harmonieuse des installations sur le territoire". Elle n'explique toutefois pas en quoi cela nécessiterait de prendre connaissance du détail des projets qui, pour une raison ou une autre, n'ont finalement pas abouti. L'examen de "l'impact de transferts de décisions positives sur la répartition géographique",

n'apparaît pas plus convaincant. Cela étant, il apparaît que la révélation du canton des projets bénéficiaires de rétribution non encore versée est à même de faciliter dans une certaine mesure le travail de localisation auquel la recourante prétend vouloir se livrer. Au contraire de l'indication de la commune qui, dans certains cas, pourrait permettre d'individualiser un projet, celle du canton ne porte pas atteinte à l'anonymat du bénéficiaire. Le recours doit par conséquent être très partiellement admis sur ce point et il convient d'ajouter le canton d'emplacement aux données mentionnées au consid. 5.6 de l'arrêt attaqué.

Pour le surplus, l'anonymisation des autres données personnelles équivaut, pour les projets qui seront réalisés et aboutiront à un versement effectif -et sont alors publiés d'office -, à un simple report de communication et ne saurait être considéré comme disproportionné.

4.

Sur le vu de ce qui précède, le recours est partiellement admis. L'arrêt attaqué est réformé en ce sens que les données mentionnées au consid. 5.6 de cet arrêt devront également comprendre le canton d'emplacement des installations concernées. Le recours est rejeté pour le surplus. Les frais judiciaires sont mis pour moitié à la charge de la recourante et pour moitié à la charge de l'intimée Pronovo AG (art. 66 al. 1 LTF). Au contraire de la recourante, qui a agi par l'entremise d'un avocat et a donc droit à des dépens réduits, l'intimée n'était pas représentée par un mandataire professionnel et n'y a par conséquent pas droit.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est partiellement admis. L'arrêt attaqué est réformé en ce sens que les données mentionnées au consid. 5.6 de cet arrêt devront également comprendre le canton d'emplacement des installations concernées. Le recours est rejeté pour le surplus.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis pour moitié (1'000 fr.) à la charge de la recourante et pour moitié (1'000 fr.) à la charge de l'intimée Pronovo AG.

3.

Une indemnité de dépens réduite de 2'000 fr. est allouée à la recourante, à la charge de l'intimée Pronovo AG.

4.

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

Lausanne, le 26 juin 2019

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

Le Président : Chaix

Le Greffier : Kurz

