



Nos références : 221-00326

Berne, le 11 septembre 2019

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

Composition : Carlo Schmid-Sutter (président), Laurianne Altwegg (vice-présidente),
Christian Brunner, Matthias Finger, Dario Marty, Sita Mazumder,
Andreas Stöckli

en l'affaire : **Dr B,**

(la recourante n. 1)

et **A,**

toutes deux représentées par M^e Lucien Masméjan, Lenz & Staehelin,
Avenue de Rhodanie 58, 1007 Lausanne

(la recourante n. 2)

contre **Office fédéral de l'énergie (OFEN)**, Section Appareils et appels d'offres
publics (GW), 3003 Berne

(l'autorité inférieure)

concernant le remboursement d'une aide financière relative au programme ProKilowatt j :
clôture de la procédure et octroi de dépens

Vu

la notification du 20 juin 2011 (pièce 1, annexe 4) par laquelle CimArk SA, agissant en tant que Bureau ProKilowatt, a octroyé une adjudication dans le cadre des appels d'offres publics au programme j porté par A (la recourante n. 2) ;

l'avenant du 29 août 2011 (pièce 1, annexe 5) qui formalise l'accord trouvé entre la recourante n. 2 et CimArk SA en ce qui concerne la fixation d'un plan de déroulement détaillé avec étapes intermédiaires et plan de paiement comme initialement prévu au chiffre 3 du dispositif de la notification du 20 juin 2011 (pièce 1, annexe 4) ;

la décision du 21 septembre 2016 (pièce 1, annexe 1, dénommée « notification ») par laquelle l'Office fédéral de l'énergie (OFEN ; l'autorité inférieure) a décidé ce qui suit :

- « 1. Il est ordonné à A de verser à la Fondation Rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC), dans un délai de 30 jours à compter de l'entrée en force de la présente notification, le montant de [...] CHF sur son compte auprès de la [...], 8010 Zürich (IBAN [...]).
2. Aucun émolument n'est perçu. » ;

le mémoire de recours du 24 octobre 2016 (pièce 1) par lequel le Dr B (recourante n. 1) et la recourante n. 2 ont notamment déposé auprès de l'autorité de céans les conclusions suivantes :

« Pour les motifs développés ci-dessus, Dr B et A ont l'honneur de conclure, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il plaise à la COMMISSION FEDERALE DE L'ELECTRICITE

En tout état de cause :

- I. Déclarer la présente demande recevable ;
- II. Annuler la notification de l'Office fédéral de l'énergie (section Appareils et appels d'offres publics) du 21 septembre 2016 (remboursement d'une aide financière relative au programme j) ;
- III. Rejeter toute autre conclusion de l'Office fédéral de l'énergie.

[...]

Subsidiairement :

- V. Dire qu'il est ordonné à A de verser à la Fondation Rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) le montant de CHF [...]- sur son compte auprès de la [...], 8010 Zürich (IBAN [...]). » ;

le fait que la procédure ait formellement été ouverte par le Secrétariat technique de l'EICom (ST EICom) par courrier recommandé du 27 octobre 2016 (pièce 2) adressée tant aux recourantes qu'à l'autorité inférieure avec fixation d'un délai à celle-ci pour prendre position ;

la nouvelle décision du 20 décembre 2016 (pièce 5, dénommée « notification ») rendue par l'autorité inférieure sur la base de l'article 58, alinéa 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) dans le délai qui lui a été assigné pour prendre position (pièces 2 – 4) et par laquelle celle-ci fait droit à la conclusion subsidiaire des recourantes ;

le courrier des recourantes du 29 décembre 2016 (pièce 6) par lequel elles estiment que leur recours est devenu sans objet en raison de la nouvelle décision rendue par l'autorité inférieure en date du 20 décembre 2016 (pièce 5) et par lequel elles réclament en conséquence le paiement de dépens s'élevant

à un montant total de [...] francs, TVA et débours compris, conformément aux conclusions déposées par mémoire de requête du 24 octobre 2016 (pièce 1) ;

le courrier recommandé du ST EICom du 30 janvier 2017 aux recourantes (pièce 7) par lequel il clôt la procédure 221-00326, renonce à percevoir des émoluments, et n'alloue pas de dépens ;

le courrier recommandé des recourantes du 23 février 2017 (pièce 8) par lequel elles demandent à l'autorité de céans de rendre une décision formelle avec indication des voies de droit portant sur la question des dépens et par lequel elles informent de leur volonté de déposer recours contre la correspondance du 30 janvier 2017 (pièce 7) si aucune décision formelle ne devait intervenir jusqu'au 1^{er} mars 2017 ;

le recours du 1^{er} mars 2017 (pièce 1, annexe 1 du dossier de recours A-1350/2017) déposé par les recourantes par-devant le Tribunal administratif fédéral (TAF) contre le courrier recommandé du ST EICom du 30 janvier 2017 adressé aux recourantes (pièce 7)

le courrier du 22 mars 2017 (pièce 9) par lequel le ST EICom déclare ne plus prendre d'actes de procédure jusqu'à droit connu et ce en vertu de l'effet dévolutif du recours ;

l'arrêt du TAF du 20 mars 2019 (pièce 12 du dossier de recours A-1350/2017) par lequel le courrier de clôture du 30 janvier 2017 (pièce 7) n'a pas été qualifié de décision si bien que le recours déposé contre celui-ci par la recourante n. 1 a été déclaré irrecevable de ce chef et par lequel le recours déposé par la recourante n. 2 a été déclaré irrecevable du fait que, faute de disposer de la personnalité juridique, celle-ci se confond avec la recourante n. 1 ;

le courrier recommandé de la recourante n. 1 du 11 avril 2019 (pièce 10) par lequel elle demande en substance à ce que l'EICom rende une décision formelle de clôture – ce qui implique notamment le paiement de dépens – d'une part, et à ce qu'aucun émolument ne soit mis à sa charge, d'autre part ;

le courrier A+ du 28 mai 2019 (pièce 11) par lequel le ST EICom reprend la procédure, verse au dossier de la cause le dossier de la procédure de recours A-1350/2017, et fixe un délai à l'autorité inférieure pour prendre position sur le montant des dépens dont il est susceptible d'être redevable ;

la prise de position de l'autorité inférieure du 2 juillet 2019 (pièce 14) par laquelle elle conclut en substance à ce qu'une éventuelle indemnité de dépens ne dépasse pas le montant de [...] francs au maximum au regard de l'activité des avocats et notamment du travail effectué par ceux-ci au vu des questions juridiques en cause et de la complexité du cas ;

le courrier A+ du 3 juillet 2019 (pièce 15) par lequel le ST EICom porte la pièce 14 à la connaissance de la recourante n. 1 et averti les parties qu'il considère que l'échange des écritures est clos ;

le courrier de la recourante n. 1 du 5 juillet 2019 (pièce 16) par lequel elle conteste le point de vue que l'autorité inférieure a émis dans sa prise de position du 2 juillet 2019 (pièce 14) et par lequel elle considère en substance que, celle-ci n'ayant remis en question ni le travail effectué, ni le tarif auquel ce travail a été facturé, son jugement de valeur quant au montant total qui ressort de la multiplication de ces deux valeurs ne saurait être valablement pris en compte et par lequel elle produit à nouveau sa note d'honoraire du 29 décembre 2016 (pièce 16, annexe 1 = pièce 6, annexe 1) ;

le courrier A+ du 8 juillet 2019 (pièce 17) par lequel le ST EICom porte la pièce 16 à la connaissance de l'autorité inférieure et rappelle aux parties qu'il considère que l'échange des écritures est clos ;

et considérant

1.

que, conformément à l'article 74, alinéa 5 de la loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie (LEne ; RS 730.0), l'EiCom tranche en cas de litige résultant de procédures soumises, quant au régime des compétences, à l'ancien droit, dans la mesure où elle était compétente en la matière en vertu de ce droit ;

que, conformément à l'article 25, alinéa 1^{bis} de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (état le 1^{er} mai 2014 ; aLEne ; RS 730.0), l'EiCom statue sur les litiges relatifs aux conditions de raccordement pour les installations de production d'énergie et aux suppléments sur les coûts de transport (art. 7, 7a, 15b et 28a, aLEne, état le 1^{er} mai 2014) ;

que les appels d'offre publics trouvent leur base légale aux articles 7a, alinéas 3 et 4 et 15b, alinéa 1, lettre b aLEne (état le 1^{er} mai 2014), dispositions qui prévoient également que les coûts qu'ils génèrent sont financés par les suppléments sur les coûts de transport des réseaux à haute tension (EiCom, décision du 16 août 2018, 221-00596, consid. 1, p. 5 et références citées) ;

que le Tribunal fédéral (TF) a jugé que Swissgrid SA rendait des décisions au sens de l'article 5 PA dans le cadre de la RPC (TF, arrêt du 21 juin 2017, 1C_532/2016, arrêt Paysage Libre Suisse, consid. 2.3.2) et que le TAF a liquidé la cause A-224/2018 par une lettre du 5 février 2018 transmettant à l'autorité de céans ledit recours, relatif à un appel d'offre public, comme objet de sa compétence (cf. TAF dans son arrêt du 20 mars 2019 [pièce 12 du dossier de recours A-1350/2017]), si bien que la présente procédure doit être qualifiée de procédure de recours et qu'elle doit être menée conformément aux articles 44 ss PA (art. 47, al. 1, let. c, PA en lien avec l'art. 25, al. 1bis aLEne [état le 1^{er} mai 2014]) ;

1.1.

que, comme cela a également été établi dans l'arrêt du TAF du 20 mars 2019 (pièce 12 du dossier de recours A-1350/2017), le recours déposé par la recourante n. 2 est irrecevable du fait que, faute de disposer de la personnalité juridique, elle se confond avec la recourante n. 1 ;

1.2.

que, déposé dans le délai (art. 50, al. 1, PA) et les formes (art. 52, al. 1, PA) prescrits par la loi, le recours de la recourante n. 1 est recevable et il convient donc d'entrer en matière (cf. EiCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 1, ch. marg. 41, p. 9. et références citées ; EiCom, décision du 16 août 2018, 221-00596, consid. 1, ch. marg. 23, p. 5) ;

2.

que, comme le font valoir les recourantes dans leur courrier du 29 décembre 2016 (pièce 6), l'autorité inférieure a bel et bien fait droit à leur conclusion subsidiaire déposée par mémoire de recours du 24 octobre 2016 (pièce 1) par le prononcé de la nouvelle décision du 20 décembre 2016 (pièce 5) ;

que le recourant n'a ainsi plus d'intérêt juridiquement protégé au traitement de son recours (cf. PFLEIDERER ANDREA, *Commentaire ad art. 58 PA*, : in : WALDMANN BERNHARD / WEISSENBERGER PHILIPPE, *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2^e éd., Zurich 2016, ci-après : PFLEIDERER, ch. marg. 48, pp. 1226 s.) ;

que le litige devient dès lors sans objet et que l'autorité de céans n'a plus à se prononcer sur le fond de la cause puisque, conformément à l'article 25, alinéa 1bis aLEne (état le 1^{er} mai 2014), celle-ci n'intervient qu'en cas de litige ; la nouvelle décision du 20 décembre 2016 (pièce 5) n'est donc pas contestable en l'espèce ;

que, en application de l'article 58, alinéa 3 PA, la procédure de recours est donc classée comme devenue sans objet suite au réexamen auquel l'autorité inférieure a procédé et qui est concrétisé par la nouvelle décision du 20 décembre 2016 (pièce 5) ;

3.

que, conformément à l'article 63, alinéa 1 PA, les coûts de la procédure de recours sont mis généralement à la charge de la partie qui succombe ;

que, toutefois, en application de l'article 63, alinéa 2, PA, aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures ;

4.

que, conformément à l'article 64 PA, en lien avec l'article 8, alinéa 7 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0), l'autorité peut aussi allouer des dépens aux parties lorsque la procédure devient sans objet ;

que des dépens peuvent également être alloués sur la base de l'article 8, alinéa 7 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative lorsque la cause est devenue sans objet suite au réexamen auquel l'autorité inférieure a procédé (ATF 120 V 214, consid. 2, p. 218 ; PFLEIDERER, ch. marg. 51, p. 1227 et références citées) ;

que, conformément à l'article 64, alinéa 2 PA, le dispositif indique le montant des dépens alloués qui, lorsqu'ils ne peuvent pas être mis à la charge de la partie adverse déboutée, sont supportés par la collectivité ou par l'établissement autonome au nom de qui l'autorité inférieure a statué ;

que l'autorité inférieure est à l'origine du fait que la procédure devienne sans objet suite au réexamen auquel elle a procédé et qui est concrétisé par la nouvelle décision du 20 décembre 2016 (pièce 5) ;

que les dépens alloués aux parties sont ainsi à la charge de l'autorité inférieure ;

que, conformément à l'article 64 PA, en lien avec les articles 8, alinéa 2 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative et 14, alinéa 1 du Règlement du Tribunal administratif fédéral du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF ; RS 173.320.2), les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir avant le prononcé un décompte de leurs prestations au tribunal et que, conformément à l'article 10, alinéa 2, 1^{ère} phrase FITAF, le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus ;

que, dans le cas présent et compte tenu des différentes pièces de procédures rédigées, des autres démarches entreprises et autres actes faits par le mandataires des recourantes (cf. résumé des honoraires, pièce 6, annexe 1 et pièce 16, annexe 1), et du classement de la procédure, des dépens alloués aux parties à hauteur de [...] francs se justifient et sont mis à la charge de l'autorité inférieure ;

l'EiCom prononce :

1. Le recours d'A est irrecevable.
2. Pour le surplus, la procédure est classée faute d'objet.
3. Il n'est pas perçu d'émolument.
4. Une indemnité de [...] francs est allouée au Dr B à titre de dépens, à la charge de l'OFEN. Ce montant est exigible dès l'entrée en force de la présente décision.
5. La présente décision est notifiée au Dr B, à A et à l'OFEN par lettre recommandée.

Berne, le 11 septembre 2019

Commission fédérale de l'électricité EiCom

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Directeur

Envoi :

A notifier par lettre recommandée à :

- Dr B ;
- A ;

toutes deux représentées par Etude Lenz & Staehelin, à l'attention de M^e Lucien Masméjan,
Avenue de Rhodanie 58, 1007 Lausanne ;

- Office fédéral de l'énergie (OFEN), Section Appareils et appels d'offres publics (GW),
à l'attention de M. Kurt Bisang, 3003 Berne.

IV Indication des voies de recours

Il peut être formé recours contre la présente décision dans les 30 jours dès la notification. Le recours doit être adressé au Tribunal administratif fédéral, case postale, 9023 St-Gall. Le délai ne court pas :

- a) du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement ;
- b) du 15 juillet au 15 août inclusivement ;
- c) du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (art. 66, al. 2, LEne ainsi que les art. 22a et 50 PA).

Le recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire. La décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent en mains du recourant, sont à joindre au recours (art. 52, al. 1, PA).