



Arrêt du 20 mars 2019

Composition

Jérôme Candrian (président du collège),
Claudia Pasqualetto Péquignot, Jürg Steiger, juges,
Valérie Humbert, greffière.

Parties

1. A. _____,
2. **B. _____ Consulting**,
les deux représentées par Maître Lucien Masmejan,
Lenz & Staehelin, Avenue de Rhodanie 58, 1007 Lausanne,
recourantes,

contre

Office fédéral de l'énergie OFEN,
3003 Bern,
autorité intimée,

Commission fédérale de l'électricité ElCom,
Christoffelgasse 5, 3003 Bern,
autorité inférieure.

Objet

Remboursement d'une aide financière (mesures d'efficacité énergétique); clôture de la procédure et refus d'octroi de dé-pens.

Faits :

A.

Dans le cadre d'un appel d'offres publics concernant les mesures d'efficacité énergétique électrique (programme de soutien ProKilowatt), l'entreprise individuelle B._____ Consulting A._____ (ci-après : B._____) a soumis le programme 2-Pg193 PERCEH visant à remplacer les ampoules à incandescence par des LED ainsi que les moteurs dans les hôtels. Ce programme a été accepté par notification de l'Office fédéral de l'énergie (ci-après : OFEN) le 20 juin 2011 et les conditions ont été validées dans un avenant du 29 août 2011.

B.

B.a Le 24 février 2016, l'OFEN a demandé à B._____ de rembourser une partie des montants versés jusqu'alors en relation avec le programme 2-Pg193 PERCEH. Par courrier du 22 avril 2016, l'OFEN, par le responsable de sa section « Appareils et appels d'offres publics », a communiqué à B._____ qu'elle devait rembourser le montant de 55'308 francs à la Fondation Rétribution à prix coûtant du courant injecté (ci-après : RPC) et qu'en cas de désaccord, elle avait jusqu'au 30 mai 2016 pour faire parvenir sa prise de position écrite à la suite de quoi une « décision officielle » lui serait adressée.

B.b Par pli du 29 juin 2016, déposé dans le délai imparti dûment prolongé, B._____ a contesté devoir la somme demandée. Dans une prise de position de 15 pages, elle en a expliqué les motifs. Par gain de paix, elle s'est toutefois dite disposée à accepter le principe du remboursement avec l'application de la méthode des coûts effectifs, ce qui donnerait un solde final en faveur de l'OFEN de 4'024 francs.

B.c Par acte du 21 septembre 2016, intitulé « Notification » et signé du responsable de la section « Appareils et appels d'offres publics », l'OFEN a *décidé (sic)* en le motivant :

« 1. Il est ordonné à B._____ –Energie Consulting and Studies 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 55'308 francs sur son compte [...].

2. Aucun émolument n'est perçu. »

Sous le libellé « Possibilité de recours contre la décision auprès de l'El-Com », il était indiqué :

« En cas de désaccord avec la présente notification, vous pouvez demander, dans un délai de 30 jours suivant la notification, que la Commission fédérale de l'électricité (ElCom) statue sur votre demande. Une demande dûment motivée doit être envoyée par écrit à la Commission fédérale de l'électricité, 3003 Berne. »

Il était également précisé qu'étaient applicables les dispositions de la procédure administrative (PA, RS 172.021), en particulier l'art. 22a PA qui était cité, de la loi sur l'énergie (LEne, RS 730.0), de l'ordonnance sur l'énergie (OEne, RS 730.01) et de l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité (OApEI, RS 734.71).

C.

C.a Par acte du 24 octobre 2016 intitulé « Demande », B._____, agissant par le biais d'un avocat, a dressé un mémoire de requête de 23 pages à l'ElCom, concluant – sous suite de frais et dépens – principalement à ce qu'il soit dit qu'elle n'était redevable en rien à l'OFEN et à la Fondation RPC, subsidiairement à ce qu'il soit ordonné qu'elle verse la somme de 4'024 francs à la Fondation RPC et, encore plus subsidiairement, à ce que la cause soit renvoyée à l'OFEN.

C.b Par pli du 27 octobre 2016, l'ElCom a informé avoir ouvert une procédure et avisé que les différents actes de procédure ainsi que le prononcé de la décision étaient soumis à émoluments fixés selon le principe de causalité et le tarif horaire qu'elle indiquait.

C.c Invité par l'ElCom à prendre position, l'OFEN – agissant par le responsable de sa section « Appareils et appels d'offres publics » – a déclaré, par le biais d'une nouvelle « notification » datée du 20 décembre 2016 adressée à B._____ et pour copie à l'ElCom, que :

« 1. Compte tenu de la demande de reconsidération, la notification du 21 septembre 2016 est remplacée par la présente notification.

2. Il est ordonné à B._____ de verser à la Fondation Rétribution à prix coûtant du courant injecté [...], le montant de 4'024 francs sur son compte [...].

3. Aucun émolument n'est perçu. »

C.d Par pli du 29 décembre 2016, B._____, estimant au vu de la reconsidération de l'OFEN que son recours était désormais sans objet, a adressé, par son conseil, une liste des opérations effectuées par ce dernier s'élevant à un total de 17'823.30 francs.

C.e Par lettre du 30 janvier 2017 signée du Directeur de son service technique et de la Cheffe suppléante de la section Droit, l'ElCom, constatant que le litige était devenu sans objet, a clos la procédure sans percevoir d'émoluments. Estimant agir en qualité d'autorité de première instance, elle a refusé l'octroi d'indemnités de partie au motif que ni la loi sur l'approvisionnement en électricité ni celle sur l'énergie, ni la PA ne prévoient l'allocation de dépens en première instance. Selon elle, il n'y a aucune place pour l'application par analogie de l'art. 64 PA. Elle a également précisé que :

« Les parties sont en droit de demander une décision formelle avec indication des voies de droit contre laquelle un recours pourra être déposé auprès du TAF. La requête de décision susceptible de recours doit être adressée à l'ElCom dans les 30 jours dès notification de la présente lettre. S'il n'est pas fait usage de cette faculté, la présente lettre acquiert force juridique d'une décision. Si aucune décision formelle n'est exigée, la présente lettre est réputée entrée en force après échéance dudit délai de 30 jours. Le calcul des délais suit les règles de la PA. Les différents actes de procédure ainsi que le prononcé de la décision sont soumis à émoluments. Celui-ci se calcule [en] application du principe de causalité. Le tarif horaire s'élève entre CHF 75.- et 250.- de l'heure suivant le niveau hiérarchique. »

D.

Par pli du 23 février 2017, B._____, par son conseil, a requis de l'ElCom le prononcé d'une décision formelle. S'étonnant de la procédure inconnue, selon elle, de la PA, elle a précisé qu'à défaut d'un tel prononcé d'ici le 1^{er} mars suivant, elle serait contrainte, afin de préserver ses droits, de recourir contre la correspondance du 30 janvier 2017 au cas où cette dernière devait être considérée comme une décision.

E.

E.a Par acte du 1^{er} mars 2017, B._____ et A._____, agissant par l'entremise de leur avocat, interjettent recours par devant le Tribunal administratif fédéral à l'encontre de la « décision » de l'ElCom du 30 janvier 2017, concluant à son annulation et, principalement, à sa réformation dans le sens qu'un montant de 17'823.30 francs leur soit alloué au titre de dépens, subsidiairement à ce que la cause soit renvoyée à l'ElCom pour nouvelle décision. A l'appui de leurs conclusions, les recourantes soutiennent en substance que la correspondance précitée doit être qualifiée de décision au sens de l'art. 5 PA. Pour le surplus, elles s'emploient à démontrer que l'ElCom est intervenue en qualité d'autorité de recours dans la procédure et que, partant, elle ne pouvait pas refuser de leur allouer une indemnité de dépens. Quand bien même il faudrait retenir qu'elle a les compétences d'une autorité de première instance, il se justifierait, selon les recourantes, d'appliquer l'art. 64 PA par analogie, compte tenu du fait qu'il est manifeste

que c'est le dépôt de leur requête auprès de l'ElCom qui a provoqué la reconsidération de l'OFEN. Elles prétendent encore que, même si l'art. 64 PA n'est pas applicable, il conviendrait de leur octroyer des dépens sur la base de la Constitution fédérale, au vu de la complexité de l'affaire qui a nécessité un investissement important. Les recourantes concluent également à l'octroi de dépens et à ce qu'aucun frais ne leur soit imputé si leur recours devait être déclaré irrecevable, vu la procédure inhabituelle et étrangère à la PA appliquée par l'ElCom.

E.b Par pli du 28 mars 2017, les recourantes transmettent au Tribunal de céans le courrier du 22 mars 2017 par lequel l'ElCom, en réponse à leur requête de prononcé d'une « décision formelle » du 23 février 2017, les informe qu' « en vertu de l'effet dévolutif, [elle] ne prendr[a] temporairement plus d'acte de procédure jusqu'à ce qu'une décision soit entrée en force [...] »

E.c Dans sa réponse au recours du 10 avril 2017, l'ElCom (ci-après : l'autorité inférieure), par son Président et son Directeur, conclut principalement à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, à son rejet.

L'autorité inférieure est en effet d'avis que la correspondance du 30 janvier 2017 constitue un « courrier d'appréciation » et ne remplit pas les exigences d'une décision ; elle ne porte par ailleurs pas la signature d'un membre de la Commission. L'autorité inférieure défend sa pratique (courrier d'appréciation et, sur demande, décision formelle) par des motifs d'économie de procédure. Cette manière de faire présenterait également l'avantage de préserver les ressources financières des administrés dans la mesure où aucun émolument n'est perçu lorsque ceux-ci renoncent au prononcé d'une décision formelle.

Sur le fond, l'autorité inférieure se défend d'agir en qualité d'autorité de recours. En substance, elle invoque intervenir en qualité d'autorité de première instance en matière de RPC. Or, les coûts des appels d'offre public relatifs aux mesures d'efficacité énergétiques étant supportés par les produits du fond RPC, elle agirait également en qualité de première instance dans les litiges leur sujet.

E.d Dans leurs observations subséquentes du 24 avril 2017, les recourantes réfutent les arguments de l'autorité inférieure et maintiennent en substance leurs conclusions. Elles insistent sur le caractère inédit et contraire à la PA de la procédure appliquée par l'autorité inférieure.

E.e Invité à se déterminer sur la présente cause, l'OFEN (l'autorité intimée) s'est rallié par pli du 22 octobre 2018 à la position de l'EiCom, relevant au surplus que, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle LEn au 1^{er} janvier 2018, la compétence de statuer en première instance est maintenant de son ressort.

E.f Dans leurs déterminations spontanées du 25 octobre 2018, les recourantes, confirmant leurs précédentes écritures, ont considéré que, contrairement aux explications de l'intimée, il appartenait déjà à cette dernière sous l'ancien droit de statuer sur l'octroi d'aides financières en qualité d'autorité de première instance et que la nature de la « notification » du 21 septembre 2016 relevait bien d'une décision de première instance.

E.g Le 13 février 2019, le Tribunal a délibéré de la cause en audience, conformément à l'art. 41 al. 2 let.a LTAF.

F.

Les autres faits et arguments des parties seront repris, si besoin, dans les considérants en droit qui suivent.

Droit :

1.

1.1 Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement sa compétence (art. 7 PA), ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

1.2 Sous réserve des exceptions – non pertinentes en l'espèce – prévues à l'art. 32 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal connaît, en vertu de l'art. 31 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. L'EiCom est, en tant que commission fédérale, une autorité précédente au sens de l'art. 33 let. f LTAF.

La procédure est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF).

1.3 Avant tout autre considération, il sied de préciser que l'entreprise individuelle B._____ (recourante 2) est dépourvue de la personnalité juridique ; elle se confond avec la personne physique qui en est la titulaire, à savoir A._____ (recourante 1), seule à disposer de la capacité d'ester

en justice (cf. arrêts du Tribunal fédéral 6B_701/2016 du 23 mai 2017 consid. 1, 2C_684/2015 du 24 février 2017 consid. 1.2 et les réf. citées). En tant que tel, le recours d'B._____ Consulting (recourante 2) est donc irrecevable.

2.

La première question qui se pose au titre de la recevabilité du recours est celle de la *nature juridique* de l'acte attaqué daté du 30 janvier 2017, en tant qu'il constate que, suite à la « notification » du 20 décembre 2016 par laquelle l'autorité intimée a reconsidéré sa première « notification » du 21 septembre 2016, le litige entre les recourantes et l'autorité intimée est devenu sans objet. En effet, l'autorité inférieure soutient qu'il s'agit d'un « courrier d'appréciation » et qu'il revenait aux recourantes, conformément aux indications contenues dans l'acte litigieux, de demander une décision afin de recourir devant l'autorité de céans. Il convient donc de déterminer si la correspondance précitée du 30 janvier 2017 peut être considérée comme une décision au sens de l'art. 5 PA.

2.1 Les décisions sont définies à l'art. 5 al. 1 PA comme les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce qui, fondées sur le droit public fédéral, ont pour objet, soit de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (al. 1 let. a), soit de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (al. 1 let. b), soit encore de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (al. 1 let. c). Les décisions doivent en outre respecter les règles de forme énoncées aux art. 34 ss PA. Elles doivent ainsi être notifiées par écrit aux parties (art. 34 al. 1 PA). Même si l'autorité les notifie sous forme de lettre, elles doivent être désignées comme telles, motivées et mentionner les voies de recours (art. 35 al. 1 PA). Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 38 PA).

En d'autres termes, est une décision l'acte émanant d'une autorité, prise dans un cas particulier et à l'égard d'une personne déterminée et qui a pour objet de régler une situation juridique concrète de manière contraignante (cf. ATF 139 V 72 consid. 2.2.1, 135 II 38 consid. 4.3 avec les réf. citées ; ATAF 2016/28 consid. 1.4.1, 2016/17 consid. 4.3.1, 2015/15 consid. 2.1.2.1, 2010/53 consid. 1.2). Si l'acte en question doit encore être mis en œuvre par un acte souverain, il ne s'agit pas d'une décision (cf. ATF 134 II 272 consid. 3.2). Si les éléments caractéristiques de la décision font défaut, il n'y a pas de décision au sens de l'art. 5 al. 1 PA et le juge ne peut entrer

en matière relativement à un acte administratif dépourvu des caractéristiques de la décision (ATF 112 V 86 consid. 2c, ATF 102 V 152 consid. 4). Ne constituent ainsi pas une décision l'expression d'une opinion, une simple communication, une prise de position, une recommandation, un renseignement, une information, un projet de décision ou l'annonce d'une décision, car il leur manque un caractère juridique contraignant (cf. ATAF 2009/20 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_197/2008 du 22 août 2008 consid. 2.2 et réf. cit. ; FELIX UHLMANN, in : Waldmann/Weissenberger [édit.], Praxiskommentar zum Bundes-gesetz über das Verwaltungsverfahren, 2^e éd. 2016, art 5 PA n° 97).

En revanche, en cas d'incertitude sur le caractère décisoire d'une lettre, peu importe que cet acte administratif soit désigné comme une décision ou qu'il remplisse les conditions formelles d'une décision, dans la mesure où il est suffisant qu'il réponde aux conditions matérielles posées par l'art. 5 al. 1 PA (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-527/2017 du 15 février 2018 consid. 1.2.3, A-362/2014 du 2 septembre 2015 consid. 1.2.1, A-4307/2010 du 28 février 2013 consid. 3.3.4, A-8271/2008 du 20 avril 2010 consid. 1.2.1, A-3932/2008 du 7 avril 2009 consid. 2.2.2 et les réf.). Le contenu juridique réel d'un acte et ses caractéristiques structurelles sont déterminants pour sa qualification en tant que décision (interprétation objective), indépendamment de la volonté des parties (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-142/2017 du 5 septembre 2017 consid. 4.3, A-5161/2013 du 7 avril 2015 consid. 1.2.1 non publié dans ATAF 2015/22).

2.2 En l'espèce, le « courrier d'appréciation » du 30 janvier 2017 en cause a été adressé par le secrétariat technique de l'EiCom au mandataire des recourantes. Sur le plan organisationnel, l'EiCom est une autorité administrative décentralisée et spécialisée rattachée au Département fédéral des transports, de l'énergie et des télécommunications DETEC (cf. CAROLINE CAVALERI RUDAZ, L'accès aux réseaux de télécommunication et d'électricité, thèse Berne 2010, p. 231). Ses membres – entre cinq et sept – sont nommés par le Conseil fédéral et doivent être des experts indépendants (art. 21 al. 1 LApEI) ; le suivi des dossiers et la préparation des décisions est du ressort du Secrétariat technique, qui est rattaché à l'Office fédéral de l'énergie OFEN (art. 21 al. 2 LApEI; art. 5 du règlement interne de l'EiCom du 12 septembre 2007 [RI-EiCom, RS 734.74]). Il s'ensuit que l'EiCom *n'est pas liée*, dans sa décision, par les mesures prises par son Secrétariat technique (cf. CAVALERI RUDAZ, op. cit., p. 231; cf. ég. ATF 137 II 199 consid. 6.5.2, arrêt du Tribunal fédéral 2A.451/2005 du 21 avril 2006 consid. 4.2, non publié à l'ATF 132 II 284 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5781/2011 du 7 juin 2013 consid. 1.3.1.1).

2.3 Au surplus, le « courrier d'appréciation » du 30 janvier 2017 adressé par le secrétariat technique de l'autorité inférieure aux recourantes contient une motivation relativement sommaire étant rappelé qu'elle se borne à constater que le litige est devenu sans objet et à refuser l'allocation de dépens. La lettre est structurée en cinq parties : faits (A), compétence (B), évaluation de la requête (C), dépens (D) et clôture de la procédure et conclusion (E). Elle ne contient aucun dispositif mais porte la mention du droit de demander une décision formelle. Elle a été adressée par voie recommandée à l'avocat des recourantes. Elle a également été distribuée à l'autorité intimée et, en copie à Swissgrid SA. Portant l'entête du secrétariat technique de l'EiCom, elle est signée par deux membres de celui-ci, dont son directeur.

2.3.1 Du point de vue formel, ces différents éléments sont de nature à porter crédit à la thèse d'un simple courrier ; en particulier, le fait qu'il ne soit pas signé par des membres de la Commission mais uniquement par le secrétariat technique, lequel a pour mission de présenter à l'EiCom des projets de décision assortis d'une proposition motivée (cf. art. 5 du règlement interne de la Commission de l'électricité). S'il est vrai que le règlement de la Commission n'évoque que le processus de prise de décision (à la majorité simple des membres présents, cf. art. 15 al. 3) sans préciser par qui ces dernières doivent être signées et notifiées, il suffit toutefois de consulter n'importe quelle décision sur le site Internet de l'autorité inférieure pour constater que les décisions prononcées par l'EiCom revêtent une autre structure et émanent de sa Présidence. Consultation que les recourantes, représentées par un avocat, n'ont pas manqué de faire puisqu'elles citent, dans leur mémoire de demande du 24 octobre 2016, trois autres décisions de l'EiCom ayant également trait à des appels d'offres publics concernant les mesures d'efficacité énergétique électrique.

2.3.2 Du point de vue matériel, le caractère décisoire de cet acte est incertain. Certes, il fixe la situation juridique, mais uniquement dans la mesure où il annonce la position du secrétariat technique de l'EiCom, sans que celle-ci ne lie l'EiCom, seule autorité décisionnelle. Cela étant, si l'on peine à en distinguer le caractère contraignant, c'est que l'acte du 30 janvier 2017 se contente sur le fond de clore, dans le sens du courrier des recourantes du 29 décembre 2016, une procédure en constatant qu'elle est devenue sans objet.

2.4 En synthèse, il faut admettre que les indices plaident en faveur de la position défendue par l'autorité inférieure, d'autant que l'on ne saurait interdire à une autorité d'envoyer un courrier informatif aux administrés.

Certes la procédure utilisée est pour le moins insolite et inconnue de la PA puisque l'acte porte l'indication qu'à défaut d'une demande de décision formelle dans les 30 jours la « lettre acquiert la force juridique d'une décision » et « est réputée entrée en force après échéance dudit délai de 30 jours », mais il n'en reste pas moins que la possibilité de requérir en cas de désaccord avec le courrier informatif une décision formelle ressort très clairement du courrier. D'ailleurs, la recourante 1 ne s'y est pas trompée puisqu'elle s'est adressée à l'EiCom en conséquence (cf. consid. D).

2.5 Partant, l'acte en question n'étant pas une décision, ce qui était reconnaissable, le recours de la recourante 1 doit également être déclaré irrecevable. Le Tribunal remarque toutefois que la recourante 1 n'est pas forclosée puisque le traitement de sa demande de décision, adressée dans les délais à l'autorité inférieure, a été suspendu dans l'attente du présent jugement. Le Tribunal invite donc l'autorité inférieure à reprendre la procédure et, dans ce contexte, attire son attention sur l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_532/2016 du 21 juin 2017 ainsi que sur l'issue de la cause A-224/2018, laquelle a été liquidée le 5 février 2018 par une lettre lui transmettant le recours comme objet de sa compétence.

3.

Il demeure à examiner la question des frais et des dépens pour la présente procédure.

3.1 Les frais de procédure sont en règle générale mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA). Ils peuvent être remis notamment si pour des motifs ayant trait au litige ou à la partie en cause, il ne paraît pas équitable de mettre les frais de procédure à la charge de celle-ci. (cf. art. 6 let. b FITAF)

Compte tenu de la procédure inhabituelle usitée par l'instance inférieure (cf. consid. 1.4.2.3), le Tribunal renonce à percevoir des frais. En conséquence, l'avance de frais de 1'000 francs versée par la recourante lui sera restituée dès l'entrée en force du présent jugement.

3.2 Vu l'issue du litige, il n'est pas alloué de dépens (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 2 FITAF).

(le dispositif est porté à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Les recours sont irrecevables.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais de 1'000 francs déjà versée par les recourantes leur sera restituée dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourantes (Acte judiciaire)
- à l'autorité intimée (Recommandé)
- au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication DETEC (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 221-00326 ; Recommandé)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

La greffière :

Jérôme Candrian

Valérie Humbert

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :