

BVGer A-5781/2011 vom 7. Juni 2013

Bundesverwaltungsgericht, 2013-06-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5781_2011

FR: TAF A-5781/2011 du 7 juin 2013

IT: TAF A-5781/2011 del 7 giugno 2013

Regeste

Energie (divers)

Erwägungen

E. 1.1

Conformément à l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), celui-ci connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021), prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. La procédure de recours est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office sa compétence (art. 7 PA) et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

E. 1.2

La décision incidente attaquée satisfait aux conditions qui prévalent à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 PA et n'entre pas dans le champ d'exclusion matériel de l'art. 32 LTAF. L'EiCom constitue une autorité précédente au sens de l'art. 33 let. f LTAF (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A 2583/2009 du 7 novembre 2012 consid. 1). Le Tribunal est ainsi compétent pour connaître du recours. L'art. 23 LApEl le prévoit d'ailleurs expressément.

E. 1.3

Le litige, tel qu'il découle de la décision attaquée et des conclusions du recours, a pour objet, d'une part, la question de la reconnaissance à l'intimée 1 et à l'intimée 2 de la qualité de parties à la procédure de vérification des coûts et des tarifs 2009-2010 conduite par l'EiCom ; et, d'autre part, la question de l'extension de cette procédure de vérification à l'année 2008.

E. 1.3.1.1

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 LApEl) ; 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 LApEl; art. 5 du règlement interne de l'EiCom du 12 septembre 2007 [RI-EiCom, RS 734.74]). A cet égard, et contrairement aux affirmations de l'intimée 1, l'EiCom n'est pas liée 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). C'est dès lors à juste titre que l'autorité inférieure a statué sur la qualité de parties des intimées, malgré les mesures déjà prises en ce sens par son Secrétariat technique.

E. 1.3.1.2

La décision attaquée ne met pas fin à la procédure ouverte devant l'autorité inférieure, ni partiellement en son dispositif proprement procédural (les intimées sont reconnues en tant que parties à la procédure de vérification des coûts), ni en son dispositif matériel (elle étend l'objet du contrôle à l'année 2008). Il s'agit donc bien d'une décision incidente au sens de l'art. 5 al. 2 PA (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B 1100/2007 du 6 décembre 2007 consid. 2.1), contre laquelle un recours est recevable devant le Tribunal aux conditions des art. 45 s. PA.

E. 1.3.2.1

Conformément à l'art. 46 PA, les décisions incidentes notifiées séparément - et qui ne portent pas sur la compétence ou sur une demande de récusation au sens de l'art. 45 PA - ne peuvent faire l'objet d'un recours que si elles sont susceptibles de causer un préjudice irréparable (al. 1 let. a), ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (al. 1 let. b) (cf. ATAF 2009/42 consid. 1.1, arrêt du Tribunal administratif fédéral A 372/2012 du 25 mai 2012 consid. 1.2; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela thurnherr/Denise Brühl-Moser, *Öffentliches Prozessrecht*, 2ème éd., Bâle 2010, n. 1535, p. 414). Le préjudice irréparable (art. 46 al. 1 let. b PA) s'apprécie eu égard à la décision de première instance (cf. ATF 137 III 380 consid. 1.1; arrêt du Tribunal administratif fédéral B 1099/2007 du 12 décembre 2007 consid. 2.3.1). Selon la jurisprudence, il suppose qu'il ne puisse pas entièrement être réparé par une décision finale ultérieure hypothétiquement favorable au recourant (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral C-124/2012 du 23 avril 2012 consid. 3.2.1, A 3997/2011 du 13 septembre 2011 consid. 2.1 et les réf. cit.). Tel est le cas, par exemple, lorsque la décision incidente contestée ne peut plus être attaquée avec la décision finale, rendant ainsi impossible son contrôle par une autorité judiciaire (ATF 133 III 629 consid. 2.3.1). Si la question qui a fait l'objet de la décision incidente de première instance peut être soulevée à l'appui d'un recours contre la décision finale, il n'y a pas de préjudice irréparable (arrêt du Tribunal fédéral 5D_72/2009 du 9 juillet 2009 consid. 1.1; ATAF 2009/20 consid. 3.4). Tel est en principe le cas des décisions sur l'administration des preuves (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4P.335/2006 du 27 février 2007 consid. 1.2.4 et les réf. cit.; arrêt du Tribunal administratif fédéral A 7975/2008 du 22 juin 2009 consid. 3.1). La règle comporte des exceptions. Il en va ainsi, notamment, lorsque l'existence d'un moyen de preuve est mise en péril ou lorsque la sauvegarde de secrets est en jeu (cf. arrêts du Tribunal fédéral 4A_195/2010 du 8 juin 2010 consid. 1.1.1, 4A_315/2008 du 27 avril 2009 consid. 1.5 et 5A_612/2007 du 22 janvier 2008 consid. 5.2).

E. 1.3.2.2

A cet égard, la recourante affirme, d'une part, que la décision querellée est propre à lui causer un préjudice de nature juridique et économique irréparable par le fait qu'elle conférerait des garanties de procédure aux intimées, telles que l'accès à des informations contenues dans le dossier. Or, relève-t-elle, l'intimée 1 a déjà utilisé des pièces tirées du dossier pour faire valoir dans les médias ses arguments sur le fond, ce qui pose la question

du respect de ses secrets d'affaires, financiers et organisationnels. La recourante retient, d'autre part, que l'admission de son recours lui permettrait d'éviter une procédure d'administration des preuves longue et coûteuse. En effet, la procédure s'en trouverait rendue plus complexe par les droits accordés aux intimées, comme par l'extension du contrôle à l'année 2008. Pour sa part, l'autorité inférieure conteste que la reconnaissance de la qualité de parties aux intimées puisse causer un préjudice irréparable à la recourante. En effet, elle veille elle-même à la protection des intérêts privés importants du gestionnaire de réseau (en l'espèce la recourante), tels que ses secrets d'affaires. Il s'ensuit que la simple reconnaissance de la qualité de parties aux intimées ne leur permet pas d'avoir accès à des informations sensibles concernant la recourante. En outre, le nombre de documents à produire par un gestionnaire de réseau pour la vérification de ses tarifs ne dépend pas directement du nombre de participants à la procédure. Le travail supplémentaire pour la recourante résulterait par conséquent essentiellement des secrets d'affaires qui doivent être masqués dans tous les documents. Cela ne saurait équivaloir à une procédure probatoire longue et coûteuse. S'agissant, ensuite, de l'extension de la procédure de vérification des coûts à l'année 2008, l'autorité inférieure objecte qu'elle peut ouvrir d'office une telle procédure. La seule circonstance que la demande d'extension ait été déposée par un tiers ne signifie ainsi pas qu'elle n'aurait pas d'intérêt à mener cette procédure de vérification d'office. On ne saurait y voir l'existence d'un préjudice irréparable à la contester à ce stade.

E. 1.3.3.1

S'agissant de la reconnaissance de la qualité de parties aux intimées 1 (ch. 2 du dispositif) et 2 (ch. 1 du dispositif), l'on retiendra que l'autorité inférieure a, par l'entremise de son Secrétariat technique, permis à l'intimée 1 de consulter une partie du dossier avant qu'une décision de première instance ne soit prise sur sa qualité de partie et sans en avertir la recourante au préalable, malgré l'objection de celle-ci et ses réquisitions expresses tendant à ce que tous les éléments du dossier, y compris l'existence même de la procédure, soient considérés comme un secret d'affaires. Il faut dès lors admettre que la recourante peut craindre que l'accès au dossier ne soit pas aménagé de manière effective par des décisions séparées et spécifiques, et qu'elle encourt par conséquent le risque que des informations qui ne sont pas accessibles au public - voire confidentielles - puissent être divulguées aux personnes dont elle estime précisément qu'elles n'ont pas la qualité de parties. L'existence de ce risque ne permet ainsi pas de renvoyer le recours contre la décision incidente au recours contre la décision finale (cf. Martin Kayser, in: Auer/Müller/Schindler [éd.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/St-Gall 2008, ad art. 46 n. 10, p. 607). L'autorité inférieure a d'ailleurs relevé d'emblée, dans son écriture du 12 octobre 2009 (cf. bordereau des pièces ElCom, pièce n° 1), qu'elle se réservait la possibilité de présenter "tels quels" à d'autres parties les documents qui ne contiendraient pas une version expurgée des secrets d'affaires ou dont les passages masqués ne seraient pas suffisamment justifiés. Au vu de ces circonstances, il convient d'admettre que la recourante possède un intérêt suffisant au sens de l'art. 46 al. 1 let. a PA à ce que la qualité même de parties des intimées 1 et 2 soit examinée par une autorité judiciaire. Son recours est recevable à ce titre.

E. 1.3.3.2

Il en va différemment s'agissant de la recevabilité du recours quant à l'extension de la procédure administrative initiale à l'année 2008 (ch. 3 du dispositif). La recevabilité du recours immédiat suppose dans ce cas, cumulativement, que le Tribunal puisse mettre fin

une fois pour toutes à la procédure en jugeant différemment la question tranchée dans la décision incidente et que la décision finale immédiate qui pourrait ainsi être rendue permette d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse au titre de l'art. 46 al. 1 let. b PA (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-8154/2008 du 2 avril 2009 consid. 2; Felix Uhlmann/Simone Wälle-Bär, in: Waldmann/Weissenberger [éd.], VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [Praxiskommentar VwVG], Zurich/Bâle/Genève 2009, ad art. 46 n. 18, p. 919). En l'occurrence, la procédure de première instance est déjà bien avancée et porte sur les années 2009 et 2010. Il ne résulte en outre pas du dossier que l'extension de la vérification à l'année 2008 compliquerait ou prolongerait notablement l'instruction de la cause. Pour s'opposer à cette extension, la recourante invoque essentiellement des arguments relevant du droit de fond et se prévaut de la nécessité d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse. Or le Tribunal ne peut que constater que cette preuve n'a pas été apportée et qu'elle ne se trouve pas corroborée par le dossier. Au surplus, l'irrecevabilité du recours sur ce point est confirmée par le fait que, non seulement le Tribunal n'est pas en mesure de se prononcer en l'état sur la question matérielle de l'extension à l'année 2008 de la procédure de vérification des coûts et des tarifs, mais en plus que sa décision y relative ne mettrait nullement fin à l'ensemble de la procédure elle-même. La décision de l'autorité inférieure d'étendre sur requête cette procédure à l'année 2008 est en fait une décision qui ne peut être détachée de la procédure principale, en ce sens qu'elle ne peut être examinée au fond qu'avec la décision finale. Que l'autorité inférieure n'ait pas décidé d'office une telle extension ne change rien à cet égard, dès lors que la recourante ne prétend pas de manière suffisamment convaincante qu'elle n'y serait pas autorisée ou qu'elle n'aurait pas pu y procéder d'office à tout moment (cf. aussi consid. 4.4.1 ci-après). Quant à l'hypothèse visée à l'art. 46 al. 1 let. a PA, elle n'entre pas en considération. Une décision incidente portant sur une question matérielle ne remplit d'ailleurs, en pratique, quasiment jamais les exigences liées au préjudice irréparable, dès lors qu'il est par définition possible de l'attaquer avec la décision mettant fin au litige (ATF 127 I 92 consid. 1c, arrêt du Tribunal fédéral 4A_560/2011 du 11 janvier 2012 consid. 2.2). Le recours s'avère dès lors irrecevable en tant qu'il porte sur l'extension de la procédure administrative initiale à l'année 2008.

E. 1.4

La recourante est directement touchée par la décision incidente attaquée, qui a conduit à reconnaître la qualité de parties aux deux intimées. Elle a ainsi un intérêt personnel et actuel à ce que cette décision n'ait pas été rendue en violation du droit fédéral, ce qui lui confère la qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA).

E. 1.5

Enfin, les dispositions relatives au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 50 al. 1 et 52 al. 1 PA) sont respectées. Le recours s'avère ainsi recevable, en tant qu'il porte sur la qualité de partie des intimées. Il convient d'y entrer en matière à ce titre.

E. 2.1

De manière générale, le Tribunal examine les décisions qui lui sont soumises avec une pleine cognition. Comme il résulte de l'art. 49 PA, l'analyse porte non seulement sur l'application du droit (y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation) et sur les faits (constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents), mais également sur l'opportunité

de la décision attaquée.

E. 2.2

Le Tribunal applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3e éd., Berne 2011, ch. 2.2.6.5 p. 300 s.). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (art. 12 PA). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) et motiver leur recours (art. 52 PA). Ainsi, le justiciable doit apporter les éléments en sa possession permettant d'établir la preuve des faits dont il se prévaut (ATF 132 III 731 consid. 3.5 cf. également MOOR/POLTIER, *op. cit.*, vol. II, ch. 2.2.6.3 p. 293 s. et ch. 2.2.6.4 p. 299 s.).

E. 3

Avant d'examiner les différents griefs de la recourante portant sur la qualité de parties des intimées 1 et 2, il convient de poser le cadre législatif et institutionnel matériel - consécutif à l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2008, de la LApEl -, dans lequel cette question s'inscrit.

E. 3.1

Aux termes de l'art. 91 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), la Confédération légifère sur le transport et la livraison de l'électricité. Cette disposition permet également à la Confédération, en tant qu'elle vise la livraison de l'électricité, d'établir les principes de la tarification (cf. Giovanni Biaggini, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2007, ad art. 91, n. 3 p. 469; Message du 7 juin 1999 concernant la loi sur le marché de l'électricité, publié in *Feuille fédérale [FF] 1999 p. 6646 ss, spéc. p. 6735*). Ce cadre constitutionnel et les principes applicables à l'utilisation de l'énergie sont concrétisés par la loi sur l'énergie du 26 juin 1998 (LEne, RS 730.0). La LEne vise à contribuer à un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économique et compatible avec les impératifs de la protection de l'environnement (art. 1 al. 1 LEne). En vertu de l'art. 5 LEne, un approvisionnement sûr implique une offre d'énergie suffisante et diversifiée ainsi qu'un système de distribution techniquement sûr et efficace ; un approvisionnement économique repose sur les forces du marché, la vérité des coûts et la compétitivité avec l'étranger, ainsi que sur une politique énergétique coordonnée sur le plan international ; un approvisionnement compatible avec les impératifs de l'environnement implique une utilisation mesurée des ressources naturelles, le recours aux énergies renouvelables et la prévention des effets gênants ou nuisibles pour l'homme et l'environnement.

E. 3.2

L'approvisionnement en électricité, soit son acheminement par le réseau électrique, puis sa vente au consommateur, est assuré par les entreprises du secteur de l'économie électrique. Celles-ci - parfois elles-mêmes productrices d'électricité - ont longtemps bénéficié d'un monopole de fait en la matière (ATF 129 II 497 consid. 3.1), l'électricité devant passer par les réseaux de transport et de distribution existants et le courant ne pouvant être stocké. La LApEl, entrée en vigueur le 1er janvier 2008, vise à créer les conditions-cadre permettant auxdites entreprises de remplir ce rôle dans l'intérêt général, notamment en termes de sécurité du réseau (cf. art. 1 al. 1 LApEl; Message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur

l'approvisionnement en électricité, publié in FF 2005 1498, pp. 1500 et 1526). La loi prévoit également la libéralisation en deux étapes du marché de la vente de l'électricité. Ainsi, depuis le 1er janvier 2009, les personnes physiques et morales qui consomment plus de 100'000 kWh par site de consommation et par an - un ménage en consomme env. 3'500 - ont le droit de s'approvisionner auprès du fournisseur de leur choix (droit d'accès au réseau; cf. art. 13 al. 1 LApEl en relation avec l'art. 4 al. 1 let. d et l'art. 6 al. 6 a contrario LApEl). Il leur suffit de l'annoncer - ce choix est alors définitif - à leur gestionnaire de réseau de distribution (GRD) jusqu'au 31 octobre pour l'année suivante (art. 11 al. 2 OApEl) et de négocier un contrat de fourniture d'énergie avec l'entreprise de leur choix. Quant à l'ouverture totale du marché, elle devrait faire l'objet, en 2014, d'un arrêté de l'Assemblée fédérale soumis au référendum facultatif (art. 34 al. 3 LApEl).

E. 3.3

La LApEl garantit en outre l'approvisionnement de base des consommateurs ne se trouvant pas sur le marché libre de l'électricité, et donc tenus de se fournir auprès du gestionnaire de réseau de distribution desservant leur zone géographique (cf. art. 5 al. 1 LApEl). Durant la phase d'ouverture partielle du marché, sont concernés, d'une part, les ménages et autres PME dont la consommation en électricité ne dépasse pas 100'000 kWh par an (consommateurs "captifs", cf. art. 6 al. 2 LApEl) ; et, d'autre part, les consommateurs atteignant le seuil d'éligibilité mais renonçant à faire usage de leur droit d'accès au réseau. Ces consommateurs dits "avec approvisionnement de base" (cf. art. 2 al. 1 let. f OApEl) bénéficient d'un statut particulier selon l'art. 6 LApEl. Selon l'art. 6 al. 1 LApEl, les gestionnaires d'un réseau de distribution prennent les mesures requises pour pouvoir fournir en tout temps à ces consommateurs la quantité d'électricité qu'ils désirent au niveau de qualité requis et à des tarifs équitables. A teneur de l'art. 6 al. 3 LApEl, les gestionnaires de réseau doivent fixer, dans leur zone de desserte, un tarif uniforme pour les consommateurs captifs raccordés au même niveau de tension et présentant les mêmes caractéristiques de consommation (principe de la solidarité des prix). Les tarifs doivent être valables un an au moins et être publiés au plus tard le 31 août pour l'année suivante (cf. art. 10 OApEl). Ils doivent être transparents et comparables, et, à cet effet, présenter séparément l'utilisation du réseau, la fourniture d'énergie, ainsi que les redevances et prestations fournies aux collectivités publiques (art. 6 al. 3 in fine LApEl; FF 2005 1529 s.). S'agissant des tarifs pour la fourniture d'énergie, une comptabilité par unité d'imputation doit être prévue (art. 6 al. 4 LApEl). A teneur de l'art. 4 al. 1 OApEl, les tarifs de fourniture d'énergie doivent se fonder, d'une part, sur les coûts d'une exploitation efficace - pour les gestionnaires de réseau de distribution disposant de leurs propres centrales de production -, et d'autre part sur les contrats d'achat à long terme ; si les coûts de production dépassent les prix du marché, le gestionnaire de réseau doit se fonder sur ces derniers. Les gestionnaires et les propriétaires des réseaux de distribution doivent établir pour chaque réseau des comptes annuels et une comptabilité analytique distinguant la distribution d'énergie des autres secteurs d'activité, qu'ils doivent présenter chaque année à l'Elcom (principe de l'unbundling, cf. art. 10 al. 1 et 3 et art. 11 al. 1 LApEl).

E. 3.4

L'ElCom assume d'une part un rôle de surveillance des entreprises du secteur de l'électricité, et d'autre part un rôle de régulation du marché - partiellement ouvert - de la vente d'énergie (FF 2005 1505 et 1544; François Bellanger, Le phénomène des autorités administratives indépendantes, in : Bellanger/Tanquerel [éd.], Les autorités administratives indépendantes,

Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 9 ss, 27 ss.; Stéphane Grodecki, Les autorités fédérales d'arbitrage et d'exécution de tâches publiques, in : *ibid.*, p. 85 ss, 93) (voir aussi consid. 4.3 ci-après). Ainsi, selon l'art. 22 al. 1 LApEI, l'ElCom « surveille le respect des dispositions de la loi, prend les mesures et rend les décisions nécessaires à l'exécution de la loi et de ses dispositions d'exécution » ; et, selon l'art. 22 al. 3 LApEI, l'ElCom « observe et surveille l'évolution des marchés de l'électricité en vue d'assurer un approvisionnement sûr et abordable dans toutes les régions du pays. A cet effet, elle vérifie notamment l'état et l'entretien du réseau de transport ainsi que l'adéquation régionale des investissements de la société nationale du réseau de transport ». Ensuite, à teneur de l'art. 22 al. 2 LApEI, l'ElCom est notamment compétente pour : a) « statuer, en cas de litige, sur l'accès au réseau, sur les conditions d'utilisation du réseau, sur les tarifs et la rémunération pour l'utilisation du réseau ainsi que sur les tarifs de l'électricité ; les redevances et les prestations fournies à des collectivités publiques sont réservées ; elle peut accorder l'accès au réseau à titre provisionnel » ; et b) « vérifier d'office les tarifs et la rémunération pour l'utilisation du réseau ainsi que les tarifs de l'électricité ; les redevances et les prestations fournies à des collectivités publiques sont réservées ; elle peut ordonner une réduction ou interdire une augmentation ». En revanche, le prix de l'énergie pratiqué sur le marché libre, qui n'est pas réglé par la LApEI, est du ressort du Préposé à la surveillance des prix, conformément à la loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix ([LSPr, RS 942.20]; FF 2005 1545; voir aussi Rolf H. Weber/Annja Mannhart, *Regulierung von Elektrizitätstarifen und Strompreisen*, Weblaw-Jusletter, 7 avril 2008, n. 49 p. 9). En vertu de l'art. 15 al. 2 LSPr, l'ElCom agit elle-même selon LSPr dans la mesure où cela est compatible avec les objectifs visés par la LApEI.

E. 4.1

La procédure par laquelle l'ElCom met en oeuvre ses compétences au titre de la LApEI est régie de manière générale par la PA (cf. art. 11 du règlement interne de la Commission de l'électricité du 12 septembre 2007; Rolf H. Weber/Brigitta Kratz, *Stromversorgungsrecht*, Berne 2009, p. 97). L'autorité inférieure a d'ailleurs elle-même posé ce principe au début de la procédure de vérification. Dite procédure a été ouverte suite à différentes plaintes dont elle avait été saisie. Ces plaintes - ainsi celle de l'intimée 2 - constituent, à tout le moins, des dénonciations à l'ElCom en sa qualité d'autorité de surveillance au titre de l'art. 22 al. 2 let. b LApEI. Or, en une telle procédure de dénonciation (art. 71 al. 1 PA), le dénonciateur n'a aucun des droits reconnus à la partie (art. 71 al. 2 PA) (voir également consid. 4.5 ci-après). Il s'agit donc de déterminer si, en une telle occurrence (saisine de l'ElCom par des consommateurs finaux concernés), il y a par ailleurs "litige sur les tarifs" au sens de l'art. 22 let. a LApEI, c'est-à-dire appel au prononcé d'une décision au sens des art. 23 LApEI et 5 PA et, le cas échéant, pour quelles parties conformément à l'art. 6 PA.

E. 4.2.1

La détermination de la qualité de partie au sens de l'art. 6 PA est particulièrement importante, puisqu'elle seule permet de conférer à ses titulaires des garanties de procédure étendues, notamment le droit d'être entendu (voir aussi consid. 6.2.1 ci-après), ainsi que celui d'obtenir une décision et de se la faire notifier (ATAF 2008/66 consid. 2.1). A cet égard, l'art. 6 PA pose le principe général selon lequel ont qualité de parties à la procédure les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre (dans l'optique du droit de recours consacré à l'art. 48 al. 1 let. a PA), ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette

décision (dont la qualité pour recourir est reconnue à l'art. 48 al. 2 PA). Toute personne ne remplissant pas l'une ou l'autre de ces conditions est un tiers. Cette notion englobe notamment deux catégories de personnes : les tiers-dénonciateur (cf. art. 71 PA et art. 7 LSP) et les tiers entendus comme témoins (art. 12 let. c PA). L'art. 6 PA 1er segment reconnaît la qualité de partie d'abord à ceux qui sont susceptibles d'être touchés par la décision à prendre dans un intérêt juridiquement protégé (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral B 517/2008 du 30 juin 2009 consid. 2.2, A-7312/2007 du 27 mai 2008 consid. 3). Il s'agira des destinataires directs de la décision (ici la Commune de Lausanne), mais également de toute personne dont les droits et obligations seraient touchés au même titre que le destinataire (ATAF 2010/12 consid. 2.2; arrêt du Tribunal administratif fédéral A 561/2009 du 9 août 2010 consid. 4.2, non publié à l'ATAF 2010/61; François Bellanger, La qualité de partie à la procédure administrative, in: Tanquerel/Bellanger (éd.), Les tiers dans la procédure administrative, 2004, p. 36 s.).

E. 4.2.2

Toute personne ou entité qui a la qualité pour recourir contre la décision en cause a donc également, selon l'art. 6 PA, la qualité de partie. Selon l'art. 48 al. 1 PA, a qualité pour recourir quiconque soit a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a) (légitimation formelle), soit est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c) (légitimation matérielle) (Vera Marantelli-Sonanini/Said Huber, Praxiskommentar VwVG, op. cit., ad art. 48 n. 8, p. 948). Cela implique en particulier que la personne qui n'est pas destinataire de la décision attaquée, d'une part soit touchée de manière directe, concrète et dans une mesure et avec une intensité plus grande que la généralité des administrés (art. 48 al. 1 let. b; ATAF 2008/31 consid. 3.2; Marantelli-Sonanini/Huber, op. cit., ad art. 48 n. 24, p. 958) ; et, d'autre part, que l'admission du recours lui éviterait de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre (art. 48 al. 1 let. c; ATAF 2008/31 consid. 3.3). Cet intérêt n'est pas nécessairement un intérêt juridiquement protégé, mais peut être un intérêt de fait (ATAF 2012/13 consid. 3.2.2, ATAF 2009/16 consid. 2.1). Il n'a pas besoin de correspondre à l'intérêt protégé par les normes dont le recourant invoque la violation (ATF 127 I 44 consid. 2c; ATAF 2012/13 consid. 3.2.2). Il doit cependant se trouver avec l'objet de la contestation dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération (ATAF 2009/16 consid. 2.1, arrêt du Tribunal administratif fédéral A 2708/2011 du 11 juillet 2012 consid. 3.1). Ces exigences sont déterminantes pour le recours de tiers non destinataires de la décision (ATF 138 II 162 consid. 2.1.1; ATAF 2010/23 consid. 2.2; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Berne 1983, p. 148), et ont pour objectif d'éviter l'action populaire (ATAF 2012/9 consid. 4.1.1). En d'autres termes, le tiers doit subir personnellement et immédiatement un préjudice à cause de l'acte attaqué et cet intérêt doit se distinguer nettement de l'intérêt général des autres administrés. Celui qui ne se prévaut que d'un intérêt indirect, ou de la défense de l'intérêt public exclusivement, sans une relation suffisamment proche avec l'objet de la contestation, ne peut pas former un recours (ATF 133 II 468 consid. 2, ATF 123 II 376 consid. 2; ATAF 2012/9 consid. 4.1.1). Selon le Tribunal fédéral, il faut, dans chaque domaine particulier, choisir des critères adaptés (ATF 123 II 376 consid. 5b/bb; ATAF 2012/9 consid. 4.1.2).

E. 4.3

Cela étant posé, l'on rappellera que, s'agissant des litiges en matière d'accès au réseau et de conditions d'utilisation du réseau cités en premier lieu à l'art. 22 al. 2 let. a LApEI, l'autorité inférieure assume un rôle de régulation ou d'arbitrage (Schlichtungsbehörde) ; une telle fonction, nécessaire depuis l'ouverture partielle du marché, est complémentaire à son rôle de surveillance du secteur de l'électricité (FF 2005 1544 s.; ATF 131 II 13 consid. 3.2 [ComCom]; cf. consid. 3.4 ci-dessus). Sont visés les litiges entre consommateurs éligibles et gestionnaires de réseau de distribution, que ce soit sur le principe de l'accès au réseau, dont l'art. 13 al. 1 LApEI prévoit qu'il doit être "non-discriminatoire", ou sur ses modalités (niveau de réseau, qualité du courant fourni). Ces litiges peuvent donner lieu à des décisions au sens de l'art. 5 al. 1 PA susceptibles de faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (art. 23 LApEI).

E. 4.4

En revanche, la situation est bien différente à propos des litiges dans le domaine des tarifs d'électricité, ensuite cités à l'art. 22 al. 2 let. a LApEI, en particulier des tarifs de fourniture d'énergie au titre de l'approvisionnement de base (voir aussi consid. 3.4 ci-avant).

E. 4.4.1

En ce domaine, le consommateur final se trouve en effet en position d'usager d'un service public. Les tarifs applicables sont fixés de manière unilatérale par les gestionnaires de réseau de distribution pour les consommateurs de leur zone de desserte. Ils doivent être uniformes pour les consommateurs captifs raccordés au même niveau de tension et présentant les mêmes caractéristiques de consommation (principe de l'égalité de traitement; cf. art. 6 al. 3 et art. 14 al. 3 let. c LApEI; FF 2005 1536). Ils doivent être valables au moins une année et refléter les coûts occasionnés aux gestionnaires de réseau durant cette période (art. 6 al. 4 et 5 LApEI; art. 4 OApEI). Dans ce contexte, toute individualisation des tarifs est impossible, et même interdite. L'art. 14 al. 3 let. e LApEI exclut par ailleurs les coûts facturés individuellement (FF 2005 1536). Ainsi en matière de tarifs d'électricité - et à ces réserves près, couvertes, quant à elles, par l'art. 22 al. 2 let. a LApEI pour les litiges y afférents entre les gestionnaires de réseau et les consommateurs concernés -, le rôle de l'ElCom n'est-il pas celui d'un "arbitre" ("Schlichtungsbehörde") entre les gestionnaires de réseau et les consommateurs, mais bien celui d'une autorité chargée de veiller au respect, par les gestionnaires de réseau, des normes que leur impose la loi et de prévenir - ou de guérir -, dans l'intérêt public, mais aussi dans celui des consommateurs concernés, d'éventuels abus résultant de la position dans laquelle se trouvent les gestionnaires de réseau de distribution en matière de fixation des tarifs (cf. FF 2005 1502 et 1544; ATF 137 III 522 consid. 1.5). Or, la procédure prévue à cet effet est celle de la vérification d'office des tarifs (art. 22 al. 2 let. b LApEI), qui est une forme spéciale du système de surveillance des prix prévu par la LSPr (Frédéric Varone/Karin Ingold, L'indépendance des agences nationales de régulation, in: Les autorités administratives indépendantes, op. cit., p. 37 ss, p. 50; cf. art. 15 al. 1 LSPr). La procédure peut être ouverte d'office - toute hausse de tarifs doit d'ailleurs être communiquée à l'Elcom, avec indication des modifications de coûts qui en sont la cause (art. 4 al. 3 OApEI) - ou sur dénonciation d'un tiers (art. 7 LSPr). En effet, ce que l'autorité peut faire d'elle-même, il lui est loisible, à plus forte raison, de l'entreprendre à la demande d'un administré (André Grisel, Pouvoir de surveillance et recours de droit administratif, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 1973, p. 53).

E. 4.4.2

Le gestionnaire de réseau de distribution visé par le contrôle est partie de plein droit à la procédure. Il doit collaborer à son instruction et fournir à l'autorité toute information nécessaire et tout document requis, en particulier comptable, même contenant des données sensibles ou des secrets d'affaires (art. 25 al. 1, 26 et 27 LApEl). La vérification de l'autorité inférieure doit porter essentiellement sur le caractère excessif ou non du tarif, au regard du principe de l'efficacité et des prix du marché, des coûts de production et d'acquisition pris en compte par le gestionnaire de réseau à cet effet ; le degré d'amortissement des installations devra également être pris en compte (art. 4 al. 1 et art. 19 al. 1 OApEl; pour le détail du calcul, cf. la directive Elcom 5/2008 "Coûts de production et contrats d'achat à long terme selon l'art. 4 al. 1 LApEl" du 4 août 2008). L'autorité doit également vérifier que le gestionnaire de réseau ne retire pas un bénéfice excessif de son libre accès au marché, mais au contraire le répercute sur les consommateurs captifs (art. 6 al. 5 LApEl). Elle doit encore s'assurer que les usagers d'un même niveau de tension et présentant les mêmes caractéristiques de consommation - cette catégorisation, qui doit favoriser les consommateurs captifs, pourra aussi être revue - se voient imposer des tarifs identiques. Si elle constate une violation de la loi, elle peut ordonner au gestionnaire de réseau visé par le contrôle de revoir ses tarifs à la baisse - en précisant quelles bases de calcul sont à corriger - ou lui interdire de procéder à l'augmentation prévue (art. 22 al. 2 let. b in fine LApEl et art. 19 al. 2 OApEl; FF 2005 1545). Dans le premier cas, le fournisseur devra procéder à un nouveau calcul de ses tarifs valables pour la période en cause, ainsi qu'à une nouvelle publication ; si les tarifs surévalués ont déjà été encaissés, il restituera le trop-perçu à ses clients, par exemple dans le cadre de la période de facturation suivante (cf. art. 19 al. 2 OApEl). En revanche, l'art. 22 al. 2 let. a LApEl n'autorise de surcroît pas l'autorité inférieure à statuer, sur requête, sur les tarifs dus par les consommateurs dans un cas particulier. Déjà, on ne voit pas qu'une telle procédure, destinée à satisfaire le seul intérêt particulier des consommateurs qui en font la demande, puisse venir se greffer sur le système de surveillance existant, dont les intimés ne contestent d'ailleurs pas la validité. A l'évidence - c'est peu de le dire -, un tel mécanisme de vérification "personnalisée" mènerait à des traitements de faveur incompatibles avec l'égalité des consommateurs prévue à l'art. 6 al. 3 LApEl. Un tel droit particulier ne peut non plus être déduit de l'art. 6 al. 1 LApEl, selon lequel les tarifs d'électricité doivent être "équitable". En matière de tarifs d'électricité, l'importance de la référence au principe d'"équité" - les termes "angemessen" et "adeguate" sont mieux choisis - ne doit pas être exagérée (dans son Message, le Conseil fédéral ne s'attarde pas sur la question, cf. FF 2005 1529). Elle n'impose en tout cas pas au gestionnaire de réseau d'adapter ses tarifs à la situation particulière et subjective de chacun de ses clients avec approvisionnement de base, au risque de se trouver lui-même en mauvaise posture financière. Les seules distinctions tarifaires admises entre consommateurs doivent, on l'a vu, reposer sur des motifs objectifs ayant trait à la catégorie de consommation (par pics, en ruban) ou au niveau de réseau (il en existe sept) ; au sein de ces catégories, les tarifs doivent impérativement demeurer identiques (art. 6 al. 3 LApEl). Quant aux tarifs eux-mêmes, le gestionnaire de réseau doit les calculer en fonction de ses coûts ; il a aussi la possibilité de se réserver un bénéfice d'exploitation approprié (art. 6 al. 5 LApEl et art. 4 al. 1 OApEl). Il s'avère ainsi que le rôle de l'autorité inférieure n'est pas de veiller à ce que les consommateurs bénéficient des tarifs les plus avantageux possibles. Il est seulement d'empêcher les abus en matière de fixation desdits tarifs par les gestionnaires de réseau. C'est bien l'objet de la procédure prévue à l'art. 22 al. 2 let. b LApEl.

E. 4.5

En un tel contexte, les contestations des consommateurs d'une catégorie donnée relatives à leur facture d'énergie - quel qu'en soit le montant - constituent des dénonciations de leur fournisseur à l'autorité de surveillance au sens de l'art. 71 al. 1 PA. La procédure applicable est celle prévue à l'art. 22 al. 2 let. b LApEl. Or, dans une procédure non contentieuse, comme la procédure de surveillance initiée sur dénonciation ou d'office, la seule qualité de dénonciateur ne confère pas le droit de recourir contre la décision prise (art. 71 al. 2 PA) (cf. Olivier Zibung, Praxiskommentar VwVG, ad art. 71 n. 33, p. 1342) (voir aussi consid. 4.1 ci-avant). Ainsi, comme l'exige l'art. 6 PA (en relation avec l'art. 48 PA), un consommateur doit-il démontrer être touché plus que les autres consommateurs concernés pour passer du statut de tiers à celui de partie à la procédure de vérification (voir aussi la question de la qualité pour recourir des consommateurs en droit de la concurrence: ATF 138 II 162 consid. 2.1.2; Benoît Merkt, CR Concurrence, ad art. 43 LCart, ch. 10 p. 1439 ; Stefan Bilger, BSK KG, art. 43 n. 13 p. 1628; d'un avis critique, Gerold Steinmann, Fragen der Beschwerdebefugnis im Bereiche der Preisüberwachung - Konsumenten - Beschwerde ?, publié in ZBl 1979, p. 289 ss; voir aussi la question de la qualité pour recourir des clients de banques dans le cadre de la surveillance bancaire: Christian Bovet, Les tiers devant les Commissions fédérales des banques, de la concurrence et de la communication, in : Tanquerel/Bellanger, op. cit., p. 148 et la réf. cit.). Il s'ensuit qu'il convient de déterminer si, au cas d'espèce, tant l'intimée 1 que l'intimée 2 peuvent se prévaloir d'un intérêt digne de protection, propre à les distinguer spécialement, conformément à l'art. 48 al. 1 PA, des autres consommateurs de la même catégorie, pour se voir reconnaître la qualité de parties au sens de l'art. 6 PA.

E. 5

L'on commencera à cet égard par examiner la qualité de partie de l'intimée 2.

E. 5.1.1

Il sied préalablement de constater que, dans la décision attaquée, l'autorité inférieure n'a pas clairement distingué la Fédération des coopératives Migros de la société coopérative Migros Vaud. Il s'avère qu'elle a reconnu la qualité de partie à la "Fédération des coopératives Migros". Elle a ainsi retenu que la "société coopérative Migros" (sic) disposait de magasins situés dans la zone de desserte examinée et qui étaient raccordés au réseau des SIL ; et que les tarifs examinés avaient une influence directe sur leurs factures d'électricité, de sorte que leurs droits et obligations pouvaient être touchés par la décision à rendre. Dans sa réponse au recours, l'autorité inférieure précise qu'elle a considéré que la Fédération des coopératives Migros était la seule à disposer d'un lien suffisamment étroit avec la zone de desserte, en partant du constat que le réseau de la recourante s'étendait sur deux cantons (Vaud et Valais). La société coopérative Migros Vaud oppose qu'elle a indiqué dès le début de la procédure de contrôle menée par l'autorité inférieure qu'elle agissait par la voie de sa représentante, la Fédération des coopératives Migros.

E. 5.1.2

La capacité d'ester en justice est la faculté de mener soi-même le procès ou de désigner un mandataire qualifié pour le faire. Elle appartient à toute personne qui a la capacité d'être partie, c'est-à-dire à toute personne qui a la faculté de figurer en son propre nom comme partie dans un procès (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_736/2010 du 23 février 2012 consid. 1.2; arrêt du Tribunal administratif fédéral A 5391/2009 du 17 mai 2011 consid. 5.2.1 et les

réf. cit.). En l'occurrence, la société coopérative Migros Vaud est une personne morale. A ce titre, elle a la capacité d'être partie et d'ester en justice. Elle peut également désigner un représentant pour ce faire. C'est effectivement ce qu'elle a fait devant l'ElCom en mandatant la Fédération des coopératives Migros pour la représenter (cf. bordereau des pièces ElCom, pièce n° 6). C'est ainsi à tort que l'autorité inférieure a, en une argumentation quelque peu confuse, considéré la qualité de partie de la Fédération des coopératives Migros plutôt que directement celle de la société coopérative Migros Vaud qui l'avait demandée. Cette erreur n'est pas sans incidence sur la détermination de la qualité de partie, si l'on admet qu'elle concerne en fait Migros Vaud et non la Fédération des coopératives Migros. Cela étant, il s'avère que tant l'autorité inférieure que la recourante ont fondé leur raisonnement respectif, à tout le moins en partie, sur l'hypothèse - ou à tout le moins sans l'exclure - de la propre qualité de partie de Migros Vaud à la procédure. Il convient dès lors d'examiner la qualité de partie de l'intimée 2 à ce titre.

E. 5.2

A ce propos, l'intimée 2 met en avant qu'elle a une facture d'électricité de plus de 3 millions de francs, représentant environ 15'000'000 kWh (15 GWh), auprès des SIL. Elle serait dès lors beaucoup plus concernée par la procédure de régulation ouverte par l'autorité inférieure que la généralité des administrés. L'autorité inférieure retient pour sa part que tant la Société Coopérative Migros Vaud que la Société Coopérative Migros Valais se trouvent dans les zones approvisionnées par les SIL, qu'elles ont par conséquent un lien étroit avec la zone de desserte et sont affectées de manière concrète par les tarifs de la recourante. En revanche, la recourante oppose que la Fédération des coopératives Migros ne peut être considérée comme un consommateur final des SIL que dans huit communes de la zone de desserte concernée, ce qui exclurait qu'elle puisse être considérée comme davantage touchée que les consommateurs finaux privés, d'autant qu'elle n'est pas un consommateur captif.

E. 5.2.1

Comme il a été vu (cf. consid. 3.3 ci-avant), la LApEl garantit l'approvisionnement de base aux consommateurs qui ne se trouvent pas sur le marché libre de l'électricité et sont donc tenus de se fournir auprès du gestionnaire de réseau de distribution desservant leur zone géographique (art. 5 al. 1 LApEl). L'intimée 2 entre dans cette catégorie, bien qu'elle atteigne le seuil d'éligibilité de 100'000 kWh du marché libre. Rien au dossier ne permet en effet de suivre la recourante lorsqu'elle prétend que, pour la période considérée, l'intimée 2 a fait usage de son droit d'accès au réseau. C'est donc bien l'ElCom qui est l'autorité compétente de régulation sectorielle.

E. 5.2.2

Il n'existe aucune disposition spéciale de droit fédéral autorisant la société coopérative Migros Vaud à recourir au sens de l'art. 48 al. 2 PA contre les décisions de l'ElCom, ce qu'elle ne prétend du reste pas. Il convient dès lors, pour lui reconnaître la qualité de partie au sens de l'art. 6 PA, d'examiner si elle dispose d'un moyen de droit aux conditions posées par l'art. 48 al. 1 PA à l'encontre de la décision à rendre au fond par l'ElCom (cf. consid. 4.2.2 ci-avant).

E. 5.2.2.1

Pour ce faire, l'on retiendra que la recourante a fixé - du moins elle ne prétend pas le contraire - un tarif identique pour ses clients en situation similaire. L'intimée 2 ne saurait ainsi attendre que le gestionnaire de réseau adapte ses tarifs à la situation de chacun de ses

clients. Au sein d'une même catégorie, les tarifs doivent en effet impérativement demeurer identiques (art. 6 al. 3 LApEl) (cf. consid. 4.4.2 ci-avant). Un mécanisme de contrôle des prix tel que celui prévu à l'art. 44 de la loi fédérale du 4 octobre 1985 sur le bail à ferme agricole (LBFA, RS 221.213.2) n'existe en particulier pas dans la LApEl. Conformément à l'art. 19 al. 2 OApEl, l'intimée 2 peut certes requérir, à l'instar de l'ensemble des clients similaires de la recourante, que des excédents de couverture enregistrés dans le passé soient compensés par réduction des tarifs d'utilisation du réseau à l'avenir (cf. directive 4/2010 du 10 juin 2010 sur le report des différences de couverture des années précédentes). L'autorité inférieure relève elle-même, dans sa réponse au recours (n. 18, p. 6), que, conformément à la directive précitée, tous les consommateurs finaux des SIL peuvent le cas échéant bénéficier d'une éventuelle correction rétroactive des tarifs d'utilisation du réseau ainsi que des tarifs de l'électricité de l'année 2008 au cours des années suivantes par le biais de la différence de couverture. Le seul intérêt économique invoqué par l'intimée 2 au titre de sa propre consommation ne crée toutefois pas la relation "directe" exigée par l'art. 48 al. 1 let. b PA. Il appartient en effet, dans ce contexte, au régulateur sectoriel ElCom de veiller à la bonne application des règles applicables pour l'ensemble des consommateurs d'une même catégorie, indépendamment de l'importance propre de leur consommation. Par ailleurs, le fait même que l'intimée 2 soit un gros consommateur ne saurait en soi conférer à son intérêt économique le caractère "spécial" prescrit par l'art. 48 al. 1 PA par rapport aux autres consommateurs concernés, et, partant, ne saurait suffire à reconnaître à cet intérêt le caractère digne de protection susceptible d'en faire une partie à la procédure. Comme le souligne Steinmann, admettre le contraire reviendrait - en dernière analyse - à reconnaître la qualité de parties à tous les consommateurs d'électricité d'un réseau donné (Steinmann, op. cit., ch. 5.3). On ne pourrait alors plus éviter, en pratique, l'action populaire.

E. 5.2.2.2

Il s'ensuit que la relation directe, étroite et spéciale exigée à l'art. 48 al. 1 PA n'existe pas dans le cas particulier. C'est bien à l'appui d'une dénonciation que l'intimée 2 doit évoquer ses préoccupations et tenter d'influencer sur la procédure ouverte par l'ElCom (art. 22 al. 2 let. b LApEl en relation avec l'art. 7 LSPr). Celui qui suppose qu'un prix a été augmenté ou maintenu de manière abusive peut en effet lui adresser une dénonciation par écrit (art. 7 LSPr; Jacques Bonvin/Olivier Schaller, CR Concurrence, ad art. 7 LSPr, n. 6 p. 1722 ; cf. Publication de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix [Publ. CCSP], 1989/1a, ch. 5 p. 99). C'est d'ailleurs bien ce qu'a fait la Fédération des coopératives Migros par lettre du 15 juillet 2009 à l'ElCom. Or, comme il a été vu (consid. 4.5 ci-avant), celui qui annonce à l'autorité inférieure l'existence d'un tel abus n'obtient pas par là-même la position juridique de partie (cf. art. 71 al. 2 PA; Bonvin/Schaller, op. cit., ad art. 7 LSPr, n. 16 p. 1724; Paul Richli, Erste Eindrücke von der Praxis zum Preisüberwachungsgesetz, in: *Wirtschaft und Recht*, ch. 2.6 p. 198; Leo Schürmann/Walter R. Schlupe, KG + PüG, 1988, ad. art. 7 LSPr, ch. 3 p. 827), même si son signalement a initié la procédure (cf. Bellanger, La qualité de partie à la procédure administrative, in: Tanquerel/Bellanger, op. cit., p. 40 et la réf. cit.). Dans ce sens, l'on ne peut suivre l'avis de Weber, selon lequel le dénonciateur devient une partie au sens de l'art. 6 PA si l'autorité accepte d'engager une procédure de régulation des prix (Rolf H. Weber, Preisüberwachungsgesetz (PüG), Kommentar, Berne 2009, ad art. 7 n. 11, p. 53). Ainsi donc, l'intimée 2 ne peut se voir reconnaître la qualité de partie à la procédure pendante devant l'autorité inférieure.

E. 6

Il demeure à examiner les griefs de la recourante se rapportant à la qualité de partie de l'AMGV (l'intimée 1).

E. 6.1

Selon la recourante, la création de l'intimée 1 constitue un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC, dans la mesure où cette dernière aurait pour seul but d'intervenir comme partie dans la procédure tout en gardant secrète l'identité de ses membres. La recourante conteste ainsi la qualité de partie de l'AMGV déjà par l'impossibilité même de pouvoir s'assurer, au moyen de l'accès au dossier, que ses membres sont bien des consommateurs finaux des SIL. Cela revient à invoquer une violation de son droit d'être entendu. La recourante invoque ensuite, sur le fond, que la majorité des membres de l'intimée 1 ne serait de toute façon pas concerné par la procédure menée par l'ElCom.

E. 6.2.1

Conformément à la jurisprudence, le droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 Cst. et à l'art. 29 PA (voir aussi consid. 4.2.1 ci-avant) - qui confère l'accès au dossier de la cause aux conditions posées par les art. 26 à 28 PA - est une garantie de caractère formel, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond, et qui est ainsi appelée à être examinée avant tout autre grief (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1; ATAF 2007/27 consid. 10.1). Le droit d'être entendu n'est toutefois pas une fin en soi ; il constitue un moyen d'éviter qu'une procédure ne débouche sur une décision viciée en raison de la violation du droit des parties de participer à la procédure, notamment à l'administration des preuves. Lorsqu'on ne voit pas quelle influence la violation du droit d'être entendu a pu avoir sur la procédure, il n'y a pas lieu d'annuler la décision attaquée. Dans ce cas, en effet, le renvoi de la cause à l'autorité inférieure en raison de cette seule violation n'aurait pas de sens et conduirait seulement à prolonger la procédure, en faisant fi de l'intérêt des parties à un règlement rapide du litige (ATF 138 I 97 consid. 4.1.6.1 et les réf. citées; voir aussi Hansjörg Seiler, *Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs*, *Revue suisse de jurisprudence [RSJ]* 2004 p. 377 ss, spéc. p. 382).

E. 6.2.2

En l'occurrence, le Tribunal a retenu dans les considérants qui précèdent que, dans la mesure où ils ne sont pas touchés par l'objet du litige plus directement que les autres consommateurs d'électricité de même catégorie, le consommateur captif et les autres consommateurs finaux de la zone de desserte qui ne font pas usage de leur droit d'accès au réseau ne peuvent bénéficier de la qualité de partie devant l'ElCom lors de l'examen des tarifs de l'électricité du gestionnaire de réseau (cf. consid. 5.2 ci-avant). Indépendamment de la question de savoir quels sont les membres de l'intimée 1 - et de la connaissance de leur identité par la recourante -, il s'avère ainsi déterminant que, comme il ressort du dossier, aucun d'entre eux ne prétende être touché par l'objet du litige dans une mesure plus directe que les consommateurs finaux de même catégorie. Il résulte d'ailleurs de manière claire de leur plainte (cf. dossier ElCom, pièce n° 30) qu'ils entendent essentiellement attirer l'attention de l'autorité de régulation sur des faits qui appellent selon eux son intervention dans l'intérêt public, même s'ils se revendiquent aussi de leur intérêt personnel.

E. 6.3

Pour ces motifs, c'est également à tort que l'autorité inférieure a estimé que l'intimée 1 pouvait se voir reconnaître la qualité de partie en sa procédure. Il convient dès lors de retenir qu'elle est une dénonciatrice au sens de l'art. 71 PA. La question de savoir si elle peut représenter à ce titre les entités qui la composent peut être laissée ouverte, car elle ne relève pas de la compétence du Tribunal en sa qualité d'autorité de recours. L'on peut toutefois relever qu'aucune disposition légale n'impose en l'espèce à l'intimée 1 de dévoiler le nom de ses membres, puisque leur identité ne joue aucun rôle sur sa qualité de dénonciatrice. Un groupement sans personnalité juridique peut d'ailleurs signaler à une autorité des faits qui appellent son intervention dans l'intérêt public (cf. Oliver Zibung, Praxiskommentar VwVG, Zurich/Bâle/Genève 2009, ad art. 71 n. 19, p. 1335 et la réf. cit.).

E. 7

En résumé, il résulte de l'ensemble des considérants qui précèdent que ni l'intimée 1 ni l'intimée 2 n'ont la qualité de partie dans la procédure de vérification des tarifs 2009 - 2010 devant l'autorité inférieure. C'est en ce sens que le recours sera admis et la décision incidente du 13 septembre 2011 annulée. Le recours est en revanche irrecevable quant à l'extension de la procédure de vérification des coûts à l'année 2008.

E. 8.1

En règle générale, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Si celle-ci n'est déboutée que partiellement, ces frais sont réduits (art. 63 al. 1 PA). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes ou déboutées (art. 63 al. 2 1ère phrase PA). Si l'autorité recourante qui succombe n'est pas une autorité fédérale, les frais de procédure sont mis à sa charge dans la mesure où le litige porte sur des intérêts pécuniaires de collectivités ou d'établissements autonomes (art. 63 al. 2 2ème phrase PA). Au cas d'espèce, la recourante succombe partiellement, de même que les intimées. Pour les besoins de la répartition des frais, le Tribunal retiendra que la recourante obtient gain de cause pour l'essentiel (2/3) de ses conclusions, plus précisément s'agissant de celles qui ont trait à la qualité de partie des intimées, lesquelles succombent dans une mesure correspondante. De là, les intimées 1 et 2 supporteront chacune un tiers des frais de procédure - qui s'élèvent au total à Fr. 3'000.- (montant correspondant à l'avance de frais effectuée par la recourante) -, par Fr. 1'000.- pour chacune d'elle. Les deux tiers du montant de l'avance de frais, par Fr. 2'000.-, seront restitués à la recourante. Le solde de Fr. 1'000.- demeure à la charge de la recourante, qui a formé recours dans une procédure concernant ses intérêts pécuniaires.

E. 8.2

Selon l'art. 64 al. 1 PA et l'art. 7 al. 1 et 2 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), la partie qui obtient gain de cause a droit à des dépens pour les frais nécessaires occasionnés par le litige. Lorsqu'une partie n'obtient que partiellement gain de cause, les dépens auxquels elle peut prétendre sont réduits en proportion. L'autorité inférieure n'a pas droit à des dépens (art. 7 al. 3 FITAF). En l'occurrence, à défaut de note d'honoraires produite, le Tribunal estime que les honoraires de l'avocat de la recourante se montent à Fr. 6'000.-, TVA comprise, et ceux du mandataire de l'intimée 1 à un montant équivalent. L'intimée 2 n'est pas représentée par un avocat, de sorte qu'elle n'a pas droit à des dépens. L'issue de la cause conduit ainsi à fixer les dépens dus par les intimées en faveur de la recourante à Fr. 4'000.-, TVA comprise, dont Fr. 2'000.- à charge de l'intimée 1 et autant à

charge de l'intimée 2. De son côté, la recourante est tenue de verser Fr. 2'000.- de dépens, TVA comprise, en faveur de l'intimée 1. (le dispositif est porté à la page suivante)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.