



Nos références:

Berne, le 9 juillet 2009

---

---

## DECISION

### de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

Composition: Carlo Schmid-Sutter (Président), Brigitta Kratz (Vice-présidente), Hans-Jörg Schötzau (Vice-président), Anne Christine d'Arcy, Aline Clerc, Matthias Finger

dans l'affaire: **X. SA**

**requérante**

contre **Y SA**

**intimée**

concernant **l'acquisition d'électricité par le propriétaire d'installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine afin de la revendre à ses locataires.**



## Table des matières

<b>I</b>	<b>Exposé des faits</b>	<b>3</b>
<b>II</b>	<b>Considérants</b>	<b>7</b>
1	Compétence	7
2	Parties	8
3	Allégués de la requérante	8
4	Allégués de l'intimée	10
5	Installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine	11
6	Gestionnaire de réseau compétent	11
7	Monopole de droit cantonal	12
8	Approvisionnement de base	14
9	Droit d'accès au réseau	15
10	Rétribution pour l'utilisation des infrastructures électriques appartenant à la requérante	16
11	Egalité de traitement avec les autres installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine	17
12	Tarif de l'électricité	17
13	Attribution à un niveau de tension	17
14	Emoluments	18
15	Dépens	18
<b>III</b>	<b>Dispositif</b>	<b>19</b>
<b>IV</b>	<b>Indication des voies de recours</b>	<b>20</b>



## **I Exposé des faits**

### **A.**

La SA X, est propriétaire de deux immeubles adjacents sur lesquels elle exploite un centre commercial composés de plusieurs bâtiments. Elle donne à bail à différents commerçants des surfaces commerciales que ceux-ci exploitent en leur propre nom (act. 34 et act. 7).

Y SA (ci-après : l'intimée) est la gestionnaire de réseau à laquelle le Canton de M a attribué la zone de desserte dans laquelle se situe les immeubles de la requérante (admis par les parties ; confirmé par la A ; act. 3, annexe 1).

L'intimée fournit en électricité la requérante pour ses propres besoins, ainsi que l'ensemble de ses locataires.

Il est admis par les parties que toutes les infrastructures électriques en aval des transformateurs sont propriétés de la requérante, alors que certains transformateurs sont propriétés de la requérante, et d'autres, de l'intimée (voir notamment act. 45, act. 46 et act. 34).

La requérante ne perçoit aucune rétribution spéciale pour l'utilisation de ses infrastructures électriques par des tiers, ni de ses locataires, ni de l'intimée (act. 45, act. 46 et act. 16, répertoire 3, document 6).

### **B.**

Après consultation de ses locataires (act. 16, répertoire 3, documents 16 et 17), la requérante a adressé à l'intimée un courrier daté du 16 janvier 2007 par lequel elle demande à reprendre l'alimentation électrique des locataires. Pour concrétiser ce projet, elle devra réaliser quelques nouvelles installations électriques, poser des sous-compteurs qui lui appartiendront et reprendre l'exploitation de ses propres installations basse tension existantes, infrastructures auxquelles seront raccordés les consommateurs finaux. Elle justifie cette démarche par la volonté de réaliser des mesures centralisées d'économie d'énergie ainsi que d'augmenter sa propre compétitivité. La requérante évoque ainsi le grief d'amélioration de l'efficacité des infrastructures actuelles (act. 16, répertoire 3, document 18). Il ressort des pièces du dossier que la réalisation de ce projet suppose la construction de nouvelles infrastructures, lesquelles ne sont pas encore réalisées (act. 21, p. 5, conclusion I/I, p. 7 et avant-dernier paragraphe, p. 7; act. 7, ch. 15, ch. 24, conclusions VI et VIII et act. 16, répertoire 2, document 13).

Par courrier du 26 mars 2007, l'intimée a refusé cette proposition. Elle se prévaut essentiellement de la concession de droit [cantonal] dont elle bénéficie et qui lui conférerait le droit exclusif d'alimenter les clients finaux en électricité (act. 16, répertoire 3, document 19).

### **C.**

Par courrier du 3 octobre 2007, la requérante a déposé une requête contre l'intimée auprès de la A (ci-après : A) (act. 7). Elle conclut, sous suite de dépens :



- « 1. Les présentes écritures et conclusions sont recevables.  
2. Une inspection locale est ordonnée.  
3. Un délai est imparti à X SA pour soumettre une liste de témoins.  
4. La prise de position de Y SA du 26 mars 2007, confirmée le 9 mai 2007, est illicite et contraire au droit.  
5. Dite prise de position est en conséquence annulée.  
6. X SA est autorisée à centraliser la gestion, la distribution et la facturation de l'électricité qu'elle achète à Y SA par le biais de l'installation à ses frais et de l'exploitation sur son site de sous-compteurs qui lui sont propres, charge à elle de refacturer à ses locataires l'énergie consommée par ceux-ci et distribuée par ses soins à l'aide de son réseau interne basse tension.  
7. L'autorisation susmentionnée peut être assortie de charges et conditions.  
8. Les compteurs individuels des locataires de X SA seront supprimés.  
9. La réparation du dommage subi par X SA et/ou ses locataires est réservée. »

#### D.

Par courrier du 12 février 2008, la A a informé la Commission fédérale de l'électricité (ci-après : El-Com) du dépôt de la requête du 3 octobre 2007 afin qu'elle se prononce sur sa compétence (act. 8).

Par courrier du 18 février 2008 adressé à la A, l'intimée a déposé sa détermination (act. 16, répertoire 5). Elle y conclut à l'irrecevabilité de la requête, faute de compétence de la A, ainsi qu'à son rejet quant au fond.

Par courrier du 10 juillet 2008 adressé à la A, le Président de l'EICom expose qu'un premier examen du dossier porte à penser que l'EICom est compétente pour juger du différend en question, à tout le moins à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2008. Il précise toutefois que cette question ne saurait trouver de réponse en-dehors d'un examen approfondi du cas, lequel est complexe (act. 15).

#### E.

Par courrier du 25 juillet 2008, le Secrétariat technique de l'EICom a sollicité de la requérante qu'elle se prononce sur la compétence de l'EICom et qu'elle adapte sa requête à la procédure fédérale (act. 18).

Par mémoire de requête du 15 septembre 2008 adressé à l'EICom (act. 21), la requérante conclut, avec suite de dépens :

##### « Principalement

1. Dire et prononcer que la Commission fédérale de l'électricité n'est pas compétente pour trancher du litige résultant du refus par Y SA d'autoriser X SA à centraliser la gestion, la distribution et la facturation de l'électricité qu'elle achète à Y SA par le biais de l'installation à ses frais et



de l'exploitation sur son site de sous-compteurs qui lui sont propres, charge à elle de refacturer à ses locataires l'énergie consommée par ceux-ci et distribuée par ses soins à l'aide de son réseau interne basse tension.

Subsidiairement, si l'EICom devait se déclarer compétente pour connaître du litige

2. La prise de position de Y SA du 26 mars 2007, confirmée le 9 mai 2007, est illicite et contraire au droit.
3. Dite prise de position est en conséquence annulée.
4. X SA est autorisée à centraliser la gestion, la distribution et la facturation de l'électricité qu'elle achète à Y SA par le biais de l'installation à ses frais et de l'exploitation sur son site de sous-compteurs qui lui sont propres, charge à elle de refacturer à ses locataires l'énergie consommée par ceux-ci et distribuée par ses soins à l'aide de son réseau interne basse tension.
5. Les compteurs individuels des locataires de X SA seront supprimés.
6. La réparation du dommage subi par X SA et/ou ses locataires est réservée. »

La requérante modifie partiellement l'argumentation quant au fond. Pour le reste, elle renvoie à sa requête à la A du 3 octobre 2007 (act. 7).

Par mémoire de réponse du 14 octobre 2008 adressé à l'EICom (act. 24), l'intimée conclut à la compétence de l'EICom, à la recevabilité de la requête, ainsi qu'à son rejet. Quant au fond, elle renvoie à sa détermination à la A du 18 février 2008, tout en la complétant (act. 16, répertoire 5).

**F.**

Par prise de position du 14 novembre 2008 adressée à l'EICom, la requérante confirme en tous points ses conclusions et développe son argumentation (act. 26).

Par prise de position du 20 janvier 2009 adressée à l'EICom, l'intimée confirme en tous points ses conclusions et renonce à compléter son argumentation (act. 41 à 43).

**G.**

Par courriers du 22 janvier 2009, le Secrétariat technique de l'EICom a informé les parties que l'échange des écritures était terminé mais qu'il se réservait le droit de poser des questions complémentaires aux parties (act. 30 à 32).

**H.**

Par courriel du 17 février 2009, le Secrétariat technique de l'EICom a demandé à l'Office du registre foncier de W de clarifier la question de l'existence de servitudes de canalisation et d'autres droits réels limités concernant les immeubles faisant l'objet de la présente procédure et concernant les parties en litige (act. 33).

Par courrier du 17 février 2009, l'Office du registre foncier de W a produit divers extraits du registre



foncier, ainsi que diverses annexes (act. 34).

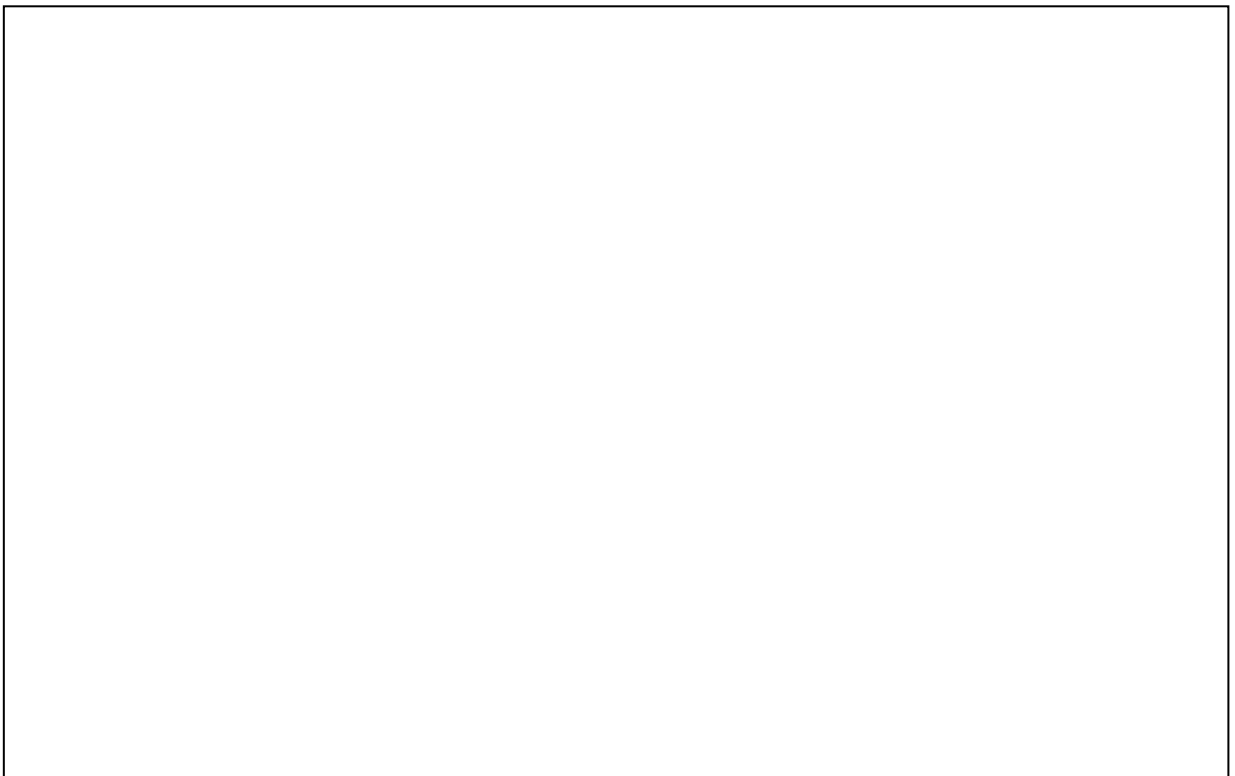
## I.

Par courriers du 24 février 2009, le Secrétariat technique de l'EICom a demandé aux parties de produire un schéma détaillé du réseau de distribution du centre commercial et de préciser les questions des droits réels limités et d'un éventuel dédommagement entre parties pour l'utilisation des infrastructures électriques internes du centre commercial (act. 35 à 37).

Par courriers du 4 mars 2009 aux parties et à la A, le Secrétariat technique de l'EICom a transmis les extraits du Registre foncier ainsi que divers autres documents (act. 41 à 43).

Par courriers du 13 mars 2009, les parties ont pris position sur les questions des droits réels relatifs aux infrastructures électriques, ainsi que sur la question des dédommagements pour l'utilisation de celles-ci. Elles ont également produit les schémas requis ainsi que divers documents (act. 45 et 46).

Le schéma produit par la requérante (act. 45, annexe 2) et reproduit sur la page suivante expose la situation de fait actuelle ainsi que le projet tel qu'il ressort de la requête.



*Schéma produit par la requérante (act. 45, annexe 2)*

## J.

Par courriers du 16 avril 2009 adressés aux parties, la A a ordonné la suspension de la procédure jusqu'à l'issue de la procédure pendante devant l'EICom, mais au plus tard jusqu'au 15 juillet



2009 (act. 51 et 52).

**K.**

Par courriers du 5 mai 2009 adressés aux parties et à la A, le Secrétariat technique de l'EICom a porté à la connaissance des parties le répertoire du dossier. Il a imparti aux parties un délai au 20 mai 2009 pour lui faire savoir si elles souhaitaient venir consulter sur place les pièces du dossier. Il leur a aussi demandé de communiquer dans le même délai quels documents contiennent des secrets d'affaires et dans quelle mesure leur contenu ne doit pas être communiqué à la partie adverse ou apparaître dans la décision telle qu'elle sera publiée sur internet (act. 53 à 55).

## **II Considérants**

### **1 Compétence**

L'EICom surveille le respect des dispositions de la Loi sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007 (RS 734.7 ; LApEI), prend les mesures et rend les décisions nécessaires à l'exécution de cette loi et de ses dispositions d'exécution (art. 22 alinéa 1 LApEI).

Dans ses courriers du 25 février 2008 adressé à la A (act. 9, annexe 1) et du 3 juin 2008 adressé à l'EICom (act. 12), la requérante conteste la compétence de l'EICom en argumentant que le litige concerne des installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine. En effet, l'EICom ne serait pas compétente du fait que de telles installations ne peuvent pas être qualifiées de réseau électrique, conformément à l'article 4 alinéa 1 lettre a LApEI. Pour la requérante, ce litige relève de la compétence de la A du fait que le litige est lié à l'application du Décret ... ([...] ; act. 1) et qu'il ne s'agit pas d'une procédure de recours contre une décision d'une autorité cantonale (act. 7 et act. 21).

Dans sa détermination du 18 février 2008 adressée à la A (act. 24, annexe 1) et intégrée au mémoire de réponse du 14 octobre 2008 adressé à l'EICom (act. 24), l'intimée conteste la compétence de la A au motif que la requérante ne démontre pas en quoi le différend porte sur l'application du [Décret]. De plus, le Règlement de Y SA, approuvé par le Conseil d'Etat en date du 22 avril 1970 (ci-après : Règlement Y SA), dispose que les litiges qui découlent de son application ressortissent à la compétence des tribunaux du siège de Y SA. Or, pour l'intimée le différend qui l'oppose à la requérante ressortit au droit privé (vente d'électricité). Il relèverait de ce fait de la compétence des tribunaux civils du siège de l'intimée. L'intimée avance encore que, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008, l'EICom est seule compétente pour statuer en cas de litige sur les conditions d'utilisation du réseau et sur les tarifs.

L'EICom n'est pas seulement compétente pour des litiges concernant les réseaux électriques, mais encore pour tous les litiges en relation avec la législation sur l'approvisionnement en électricité. Est litigieuse en l'espèce la question de savoir qui peut, respectivement doit, livrer le consommateur final en électricité. Il s'agit d'une question centrale dans la législation sur l'approvisionnement en électricité, et plus particulièrement dans le domaine de l'approvisionnement de base. Elle est en rapport avec la question du changement de raccordement pour laquelle l'EICom est dans tous les cas compétente (articles 5 alinéa 5 LApEI et 3 alinéa 3 OApEI). Même lorsque les consommateurs finaux sont raccordés à des installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine la compétence de l'EICom



n'est pas exclue. En effet, la législation sur l'approvisionnement en électricité contient aussi des dispositions applicables aux installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine. Tel est notamment le cas de l'article 11 alinéa 4 OApEI, lequel est consacré à l'accès au réseau. L'EICom peut aussi définir la notion juridique indéterminée d'installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine. Par ailleurs, et conformément à l'article 49 alinéa 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (RS 101 ; Cst.), le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. Ainsi, la voie de droit fédérale recevable exclut une éventuelle autre voie de droit cantonale concurrente. Le présent litige ne constitue pas une pure contestation de droit administratif. Toutefois, la nature partiellement civile de cette procédure n'exclut pas la compétence de l'EICom, tout au plus la limite-t-elle.

Il découle de ce qui précède que la compétence de l'EICom pour traiter de ce litige est donnée. Cependant, l'EICom ne pourra que se limiter à rendre une décision de première instance. Elle ne pourra pas annuler une prise de position de l'intimée (act. 21). En outre, elle n'est pas non plus compétente pour se prononcer sur les questions qui relèvent de la législation sur les cartels, laquelle relève des tribunaux civils (article 14 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (RS 251 ; LCart) et de la Commission de la concurrence Comco (articles 18 ss LCart).

## **2 Parties**

Sont admises comme parties au sens de l'article 6 de la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021; PA) les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités, qui disposent d'un moyen de droit contre la décision.

En l'espèce, tant la requérante que l'intimée sont touchées dans leurs droits et obligations par la décision. En effet, la décision aura des conséquences importantes sur le patrimoine de chacune d'entre elles. Elles possèdent donc toutes deux la qualité de partie.

## **3 Allégués de la requérante**

Dans sa requête du 3 octobre 2007 adressée à la A (act. 7) et intégrée au mémoire de requête du 15 septembre 2008 adressé à l'EICom (act. 21), la requérante se prévaut des arguments suivants.

Premièrement, la requérante soulève que, en qualité de propriétaire des installations électriques en aval des transformateurs, elle supporte seule les frais d'entretien de ces installations électriques alors que l'intimée, qui en assure seule l'exploitation, en retire un gain de CHF nn.-. Ce montant comporte nécessairement les frais de transport de l'énergie à basse tension, pourtant à la charge de la requérante. Dès lors qu'elle ne peut rentabiliser les investissements en faveur des infrastructures électriques qui lui appartiennent, celle-ci renonce à les réaliser. C'est pourquoi elle estime que la prise de position de l'intimée s'oppose à une gestion centralisée et rationnelle de la distribution de l'électricité. Ensuite, la requérante se prévaut du principe de l'égalité de traitement. Selon elle, le mode de procéder qui lui a été refusé par l'intimée serait en fait pratiqué dans d'autres centres commerciaux qui se trouvent dans la même zone de desserte. La requérante conteste encore le régime du monopole de droit mis en œuvre par un système de concessions octroyées par le Conseil d'Etat, à tout le moins dans la mesure où il concerne les infrastructures électriques basse tension qui sont propriétés de tiers. A cette fin, elle invoque la jurisprudence fédérale relative à l'article 94 alinéa 4 Cst., laquelle constate que la création de nouveaux monopoles de droit par les cantons est possible, pour





autant qu'ils respectent les conditions de l'article 36 Cst., à savoir : l'existence d'une base légale, la justification par un intérêt public autre que purement fiscal, le respect de la proportionnalité, ainsi que le respect du noyau intangible du droit constitutionnel considéré (ATF 128 I 3). A cette fin, la requérante se prévaut de sa liberté économique (article 27 Cst.) ainsi que de sa garantie de la propriété (article 26 Cst.). En effet, ces droits constitutionnels garantissent la libre disposition et utilisation de ses propres infrastructures. De plus, elle expose que l'intérêt public poursuivi n'est pas un but de politique social, mais bien un but de politique économique, à savoir le renforcement des entreprises électriques publiques en institutionnalisant le *statu quo*. Le but du législateur cantonal n'aurait dès lors pas été de procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens ou à accroître ce bien-être, mais bien d'intervenir dans le marché pour favoriser certains acteurs économiques. La requérante poursuit en invoquant que le régime du monopole de droit institué par le [Décret] ne remplit pas la condition de la proportionnalité, la caractéristique de la nécessité n'étant pas remplie. En effet, des mesures moins incisives, un régime d'autorisations soumises à conditions et à charges par exemple, serait possible en l'espèce. La requérante expose encore que la prise de position de l'intimée porte atteinte à sa liberté économique et à son droit de propriété : en effet, la propriété et la liberté économique supposent la libre disposition et utilisation de ses propres infrastructures. Enfin, la requérante conteste la constitutionnalité du [Décret] et sa conformité à la LCart. Pour elle, la réserve de l'article 3 alinéa 1 LCart n'est pas opérante dans le domaine de la distribution d'électricité. De plus, la requérante estime que l'intimée est une entreprise ayant une position dominante au sens de l'article 7 LCart et qu'elle abuse de sa position dominante.

Dans son mémoire de requête du 15 septembre 2008 adressé à l'EICom (act. 21), la requérante se prévaut des arguments suivants. A titre préliminaire, elle confirme sa requête du 3 octobre 2007 à la A (act. 7) en apportant quelques modifications. Ensuite, elle confirme et développe son argumentation relative à l'utilisation gratuite de ses infrastructures électriques par l'intimée. En effet, cette manière de procéder entraîne une double charge financière pour les locataires : une première fois au travers du loyer versé à la requérante, et une seconde fois auprès de l'intimée qui applique pleinement les tarifs basse tension (lesquels comprennent une part pour l'utilisation du réseau) en sa qualité de gestionnaire de réseau. La requérante ajoute encore que la prise de position de l'intimée viole la garantie de l'approvisionnement de base au sens des articles 5 ss LApEI du fait que les prix pratiqués par l'intimée sont injustifiés. Ainsi, la requérante insiste sur le but de la LApEI qui est de créer les conditions favorables à un marché de l'électricité axé sur la concurrence. Or, pour elle, sa démarche tend vers la réalisation de ce but. Tel n'est pas le cas du refus opposé par l'intimée qui va à l'encontre du sens de la loi. Pour le surplus, la requérante confirme son point de vue relatif à la LCart, ses développements relatifs à la non-conformité du [Décret] à la Cst, ainsi que son grief d'inégalité de traitement.

Par prise de position du 14 novembre 2008 adressé à l'EICom (act. 26), la requérante précise les points suivants. Premièrement, il y a lieu de la considérer comme une consommatrice finale dans la mesure où son but statutaire, à savoir l'exploitation d'un centre commercial, suppose l'acheminement de l'électricité. Dans la même logique, la requérante conteste être une gestionnaire de réseau, dans la mesure où les infrastructures électriques dont elle est propriétaire ne peuvent être qualifiées de réseau au sens de la LApEI. Enfin, la requérante conteste l'existence d'un risque de discrimination des consommateurs qui contreviendrait à l'article 6 al. 3 LApEI. En effet, il suffit de fixer dans la décision des conditions qui permettent d'atteindre le but recherché par le législateur. Ainsi, la requérante explique qu'elle ne se trouve pas dans une situation de groupement de clients (qu'elle appelle « pooling ») dans la mesure où elle est propriétaire d'un bâtiment unique dont elle jouit de la pleine propriété des infrastructures électriques internes. Il ne s'agit donc pas de rassembler des clients finaux dispersés, mais bien d'optimiser la gestion et la distribution interne de l'électricité à l'intérieur de ses bâtiments. Enfin, la requérante confirme ses précédents actes de procédure.



## 4 Allégués de l'intimée

Dans sa détermination du 18 février 2008 adressée à la A (act. 24, annexe 1) et intégrée au mémoire de réponse du 14 octobre 2008 adressé à l'EICoM (act. 24), l'intimée se prévaut des arguments suivants.

Après avoir contesté la compétence de la A, l'intimée soulève l'article 4.4 du Règlement Y SA qui dispose que, sauf accord explicite du distributeur, l'abonné n'a pas le droit de céder de l'énergie à des tiers, à l'exception des sous-locataires de locaux d'habitation. L'intimée se prévaut ensuite de la concession accordée par les autorités [cantonales] dans le cadre du monopole de droit établi par le [Décret]. L'article 15 [du Décret] prévoit non seulement un droit pour chaque consommateur à être raccordé à un distributeur d'électricité, mais encore l'obligation pour ce dernier de leur fournir de l'énergie électrique aux conditions du [Décret], dont l'une d'entre elle est la solidarité tarifaire. Pour elle, la requête de la requérante va à l'encontre de ce principe. Pire, cela permet à la requérante de contrôler la consommation de ses locataires, voire d'interrompre la fourniture, notamment en cas de résiliation de bail. Ainsi, cette manière de procéder confère au propriétaire une position de force déterminante face au locataire, d'autant que, n'étant pas au bénéfice d'une concession, elle n'est pas soumise aux charges imposées aux gestionnaires de réseau. La requête serait donc contraire à l'esprit de la législation [cantonale]. Du point de vue de la LApEI, l'intimée souligne qu'il y a lieu de distinguer les consommateurs finaux qui consomment annuellement plus de 100 MWh par site de consommation, des autres consommateurs finaux. Le site de consommation se définit comme une unité économique et matérielle qui requiert une consommation effective. Pour elle, ces dispositions interdisent clairement le groupement de clients. Ensuite, la manière de procéder réclamée par la requérante ne permet pas au gestionnaire de réseau de connaître la consommation annuelle exacte du client final, ce qui a pour conséquence que ce dernier ne peut pas se prévaloir de son droit d'accès au réseau. Puis, l'intimée rappelle que l'article 6 alinéa 1 LApEI fait obligation aux gestionnaires de réseau d'acheminer au niveau de qualité requis et à des prix équitables l'électricité aux clients avec approvisionnement de base. Enfin, elle précise que l'article 3 alinéa 1 OApEI confie au gestionnaire de réseau le droit et l'obligation de formuler des directives pour l'attribution des consommateurs finaux à un niveau de tension donné. Il ne revient donc pas aux consommateurs de choisir à quel niveau de tension ils désirent être rattachés.

Dans son mémoire de réponse du 14 octobre 2008 adressé à l'EICoM (act. 24), l'intimée se prévaut des arguments suivants. Premièrement, elle considère que la requérante ne peut pas être considérée comme une consommatrice finale dans la mesure où elle acquiert de l'électricité pour la revendre à ses locataires. Ensuite, dans la mesure où ceux-ci ne constituent ni une unité géographique, ni une unité économique, il y a dès lors lieu de les qualifier de consommateurs finaux avec un site de consommation distinct au sens de l'article 11 alinéa 1 OApEI. Pour le surplus, elle confirme sa réponse du 18 février 2008 adressé à la A (act. 24, annexe 1) en précisant que les modifications au droit fédéral entrées en vigueur entre les deux procédures n'a aucune conséquence en l'espèce. Elle précise toutefois qu'autoriser la requérante à acquérir du courant pour le revendre à ses locataires reviendrait à qualifier la requérante de gestionnaire de réseau. Or, cette qualification doit être réservée aux entreprises de la branche énergétique, et ce en raison des droits et obligations qui y sont rattachés. Si telle devait toutefois être la qualification retenue par l'EICoM, l'intimée ne s'estime plus en mesure de respecter l'article 6 alinéa 3 LApEI qui impose aux gestionnaires de réseau de 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. Pour elle, il ressort des débats parlementaires que les groupements de clients afin de permettre à des consommateurs finaux captifs d'acquérir de l'électricité sur le marché libre pour des sites de consommation distincts ne sont pas souhaités par le législateur. Enfin, l'intimée expose qu'elle bénéficie d'une concession qui découle du



monopole de droit [cantonal] dans le domaine de l'énergie et que celle-ci sera maintenue sous le régime de la nouvelle loi cantonale.

Invitée à se prononcer à nouveau, l'intimée a renoncé à compléter son mémoire de réponse par courrier du 20 janvier 2009 (act. 29).

## **5 Installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine**

L'article 4 alinéa 1 lettre a LApEI définit en ces termes le réseau électrique : « ensemble d'installations constitué d'un grand nombre de lignes et des équipements annexes nécessaires au transport et à la distribution d'électricité ; ne sont pas considérées comme des réseaux les installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine telles que celles que l'on trouve sur des périmètres industriels ou dans les bâtiments. »

En l'espèce, les infrastructures électriques en aval des transformateurs ainsi que certains transformateurs sont la propriété de la requérante (act. 34, act. 45 et act. 46). Ces infrastructures desservent les parcelles faisant l'objet des feuillets nn. 104 et 107 du ban de V, immeubles sur lesquels sont construits les bâtiments qui constituent le centre commercial propriété de la requérante. Les bâtiments qui constituent le centre commercial sont regroupés sur deux parcelles adjacentes. Dès lors, les installations électriques qui le parcourent peuvent être qualifiées de peu d'étendue. En outre, leur fonction consiste à assurer la distribution fine à l'intérieur des bâtiments qui constituent le centre commercial. Il découle de ce qui précède que les infrastructures électriques en aval des transformateurs ainsi que les transformateurs qui sont propriété de la requérante et qui servent exclusivement à l'approvisionnement électrique du centre commercial peuvent être considérées comme des installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine.

## **6 Gestionnaire de réseau compétent**

L'article 5 alinéa 1 LApEI dispose que les cantons désignent les zones de desserte des gestionnaires de réseau opérant sur leur territoire ; l'attribution d'une zone de desserte doit se faire sans discrimination.

Or, les autorités [cantonales] n'ont pas encore adopté de législation d'exécution de la LApEI. Selon la législation [cantonale] en vigueur, le découpage du territoire – répartition du réseau entre les différentes entreprises d'approvisionnement en électricité (AEA) et leurs interconnexions – au moment de l'entrée en vigueur du décret est maintenu ; si de nouvelles zones sont raccordées ou libre de toute concession, le Conseil d'Etat en choisit l'attribution (article 10 [du Décret]). Cette disposition est maintenue dans le projet de Loi [cantonale] sur l'approvisionnement en électricité du 19 juin 2008 qui dispose, à son article 8, que le Conseil d'Etat attribue aux gestionnaires de réseau opérant déjà sur le territoire [cantonal] des zones de desserte correspondant à la situation à l'entrée en vigueur de la présente loi.

Lors de l'attribution des zones de desserte, les cantons doivent tenir compte de tous les droits constitutionnels et notamment du principe de l'égalité de traitement. Dès lors, dans la mesure du possible, les conditions actuelles de propriété des réseaux doivent être conservées (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, FF **2005** 1493 ss, ci-après : MCF, p. 1528).



En l'espèce, l'intimée est au bénéfice d'une concession datée du 14 décembre 1954 et octroyée pour une durée de quatre-vingt ans, soit jusqu'au 31 décembre 2034, par la Commune de V à la Z, à savoir l'une des entreprises qui a donné naissance, par fusion, à l'intimée (act. 16, répertoire 6). L'article 10 de cette concession dispose que « La Z s'engage à fournir l'énergie électrique à la commune concédante et aux particuliers de son territoire. A cet effet, elle établit à ses frais un réseau complet pour distribuer dans la commune l'énergie électrique à tous ceux qui lui en font la demande et qui peuvent valablement contracter un abonnement [...] » L'article 11 dispose quant à lui que « La Z fournit l'énergie électrique aux abonnés conformément aux conditions de ses règlements ainsi qu'aux tarifs approuvés par le Conseil d'Etat [...] ». A teneur de l'article premier de cette concession, « La commune concède à la Z le droit exclusif d'utiliser, aux frais, risques et périls de la compagnie concessionnaire, le domaine communal privé et public, pour l'installation du réseau nécessaire à la distribution de l'énergie électrique sur son territoire. » L'article 9 précise que « La commune s'interdit, à partir de ce jour et pendant la durée de la concession, d'accorder ou d'utiliser pour elle-même, des concessions analogues à celle qui fait l'objet du présent acte. » Par contre, cette concession ne fait pas mention d'un droit exclusif de livrer en faveur de l'intimée. Une telle disposition serait nulle (voir aussi consid. 7) Son texte, dans le contexte juridique actuel, peut être compris comme l'acte de désignation de l'intimée comme gestionnaire de réseau de la zone de desserte qui correspond au territoire de la commune de V. La concession ne fait pas de réserve pour la zone dans laquelle se trouve le centre commercial exploité par la requérante.

L'intimée a jusqu'à présent toujours livré en électricité les locataires de la requérante. La requérante n'a jamais demandé à être désignée gestionnaire de réseau d'une zone de desserte. Au contraire, il ressort de son argumentation qu'elle ne souhaite pas être désignée gestionnaire de réseau au sens de la législation sur l'approvisionnement en électricité (voir notamment act. 21 dans lequel la requérante conteste l'application de la LApEI au cas d'espèce).

Il découle de ce qui précède que l'intimée peut donc être qualifiée de gestionnaire de réseau de la zone de desserte dans laquelle est intégrée le centre commercial de la requérante.

## 7 Monopole de droit cantonal

Le [Décret] (act. 1) a pour but d'instituer dans le Canton de M un monopole de droit cantonal concernant la distribution et la fourniture d'électricité, dans le but d'assurer un service public de qualité (article premier [du Décret]). Ce monopole est mis en place par un système de concessions qui font l'objet du titre III du [Décret] (articles 10 – 14). Dans le projet de Loi [cantonale] sur l'approvisionnement en électricité du 19 juin 2008 (act. 4), le gestionnaire de réseau qui se voit octroyer une zone de desserte obtient une concession de distribution (articles 8 – 12).

Dans un arrêt rendu avant l'entrée en vigueur de la législation sur l'approvisionnement en électricité, le Tribunal fédéral, en se fondant sur la législation sur les cartels, a contraint une entreprise propriétaire d'un réseau de distribution électrique, laquelle ne bénéficiait que d'un monopole de fait de distribution, à concéder le libre accès au réseau à un producteur d'électricité afin qu'il puisse alimenter ses consommateurs finaux raccordés à ce réseau de distribution. Dès lors, un monopole octroyé pour l'usage du domaine public en vue de la construction et de l'exploitation du réseau électrique ne s'étend pas forcément à l'utilisation dudit réseau pour acheminer et livrer du courant (ATF 129 II 497 consid. 5.4.1 à 5.4.8). Sous forme d'un *obiter dictum* intégré dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a précisé que la validité d'un monopole de droit est subordonnée aux conditions fixées par les articles 27 et 36 Cst. Il découle de ce qui précède que le monopole doit être prévu dans une loi au sens for-



mel, être justifié par un intérêt public et être proportionné au but visé. Le Tribunal fédéral a en outre émis de forts doutes quant à la constitutionnalité de monopoles de droit de livraison d'électricité, les conditions de l'intérêt public et de la proportionnalité n'étant *a priori* pas remplies (ATF 129 II 497, consid. 5.7, p. 535 et JAGMETTI RICCARDO, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht – Energierecht, Bâle, Genève, Munich, 2005, § 6, n. 6425, pp. 816 s.).

Le législateur fédéral a désormais réglé l'accès au réseau et ses modalités dans la législation sur l'approvisionnement en électricité. L'article 13 alinéa 1 LApEI dispose que les gestionnaires de réseau sont tenus de garantir l'accès au réseau de manière non discriminatoire. L'accès au réseau est garanti à tous les consommateurs éligibles. Est un consommateur éligible tout consommateur final qui consomme annuellement au minimum 100 MWh par site de consommation (article 6 alinéa 2 et 6 LApEI *a contrario*, MCF, p. 1535).

La législation sur l'approvisionnement en électricité règle les modalités d'un marché de l'électricité orienté vers la concurrence. Ainsi, les monopoles de droit cantonal qui concernent la livraison d'électricité, respectivement l'obligation pour les consommateurs éligibles selon la LApEI de s'approvisionner en électricité auprès d'un fournisseur d'électricité déterminé, sont désormais nuls (voir notamment : WEBER H. ROLF / KRATZ BRIGITTA, Stromversorgungsrecht – Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009, ci-après : WEBER/KRATZ, § 2, nn. 10 s.; Groupe de travail de la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie (EnDK), Législation cantonale connexe à la loi sur l'approvisionnement en électricité, ci-après : Rapport EnDK, 30 mai 2008, n. 5.1.1., p. 18). Ce point de vue est d'ailleurs corroboré par l'Assemblée fédérale qui, dans l'Arrêté fédéral du 18 décembre 2008 accordant la garantie fédérale à des constitutions cantonales révisées (FF 2008, p. 265 ; act. 6), a précisé que pour les consommateurs finaux qui ne sont pas des consommateurs captifs au sens de l'article 6 alinéa 2 LApEI, la garantie du monopole public au sens de l'article 158B alinéa 2 de la Constitution de la République et Canton de Genève du 24 mai 1847 (RSGE A2 00 ; CGE) n'est accordée que jusqu'au 31 décembre 2008.

Il découle de ce qui précède qu'une loi ou une concession cantonale qui donne à une entreprise déterminée le droit exclusif de fourniture d'électricité à des consommateurs éligibles est contraire au droit fédéral, lequel instaure le libre choix du fournisseur d'électricité pour cette catégorie de consommateurs. Ainsi, tout consommateur final dont la consommation annuelle est supérieure à 100 MWh par site de consommation ne saurait être soumis à un quelconque monopole de droit cantonal en matière d'approvisionnement en électricité.



## 8 Approvisionnement de base

A teneur de l'article 6 alinéas 1 et 2 LApEI, les gestionnaires d'un réseau de distribution prennent les mesures requises pour pouvoir fournir en tout temps aux consommateurs captifs et aux autres consommateurs finaux de leur zone de desserte qui ne font pas usage de leur droit d'accès au réseau la quantité d'électricité qu'ils désirent au niveau de qualité requis et à des tarifs équitables (alinéa 1). Sont considérés comme consommateurs captifs au sens du présent article les ménages et les autres consommateurs finaux qui consomment annuellement moins de 100 MWh par site de consommation (alinéa 2). L'article 4 alinéa 1 lettre b LApEI définit le consommateur final comme le client qui achète de l'électricité pour ses propres besoins. Le gestionnaire d'installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine qui acquiert de l'électricité pour la revendre à ses locataires n'est pas un client qui achète de l'électricité pour ses propres besoins.

En l'espèce, l'intimée est gestionnaire de réseau de la zone de desserte dans laquelle se situent les biens-fonds de la requérante (consid. 6). De ce fait, elle est tenue de garantir l'approvisionnement de base (article 6 alinéa 1 LApEI). Chaque commerçant qui prend à bail un local auprès de la requérante doit être considéré comme un consommateur final dans la mesure où il achète de l'électricité pour ses propres besoins. Tel est aussi le cas de la requérante elle-même pour les besoins qui sont les siens dans la gestion des parties communes du centre commercial. Par contre, tel n'est pas le cas de la requérante pour l'électricité qu'elle souhaite acquérir afin de la revendre à des tiers. En effet, et contrairement à ce qu'elle prétend (act. 26, ch. a, p. 2), même s'il ressortait explicitement des statuts de la requérante qu'elle peut déployer une activité dans le domaine du commerce d'électricité, celle-ci ne devrait pas être qualifiée de consommatrice finale, dans la mesure où elle revend l'électricité et ne la consomme pas personnellement.

Aucun indice ne laisse à penser que le législateur a l'intention de priver les consommateurs finaux raccordés à des installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine de leur droit à l'approvisionnement de base. Par contre, cela tombe sous le sens que le législateur souhaitait dispenser le gestionnaire des installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine des nombreuses obligations imposées aux gestionnaires de réseaux par la législation sur l'approvisionnement en électricité (p. ex. art. 8, 11 et 12 LApEI ; art. 6 al. 2, 7, 8, 9 et 10 OApEI). L'article 8 alinéa 4 LApEI dispose en outre que le Conseil fédéral peut prévoir des allègements pour les gestionnaires de réseau de distribution de moindre importance concernant les obligations selon les al. 2 et 3. Cela sous-entend que le législateur ne souhaite pas que certaines obligations soient absolument contraignantes pour l'ensemble des gestionnaires de réseau électriques et de conduites électriques.

La garantie de l'approvisionnement de base est un des éléments centraux de la législation sur l'approvisionnement en électricité. Cela ressort notamment de la systématique de la loi, de son titre, ainsi que du message (MCF, p. 1528 ss). Dès lors, les exceptions concernant le droit à l'approvisionnement de base doivent être prises avec réserve. En effet, prenons le cas d'un centre commercial dans lequel l'on trouve également des appartements. Il ne serait pas approprié que des appartements se voient exclus du droit à l'approvisionnement de base, du simple fait qu'ils soient raccordés à des installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine. Il en découle qu'il existe aussi un droit à l'approvisionnement de base pour les consommateurs finaux raccordés à des installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine. Force est de constater qu'une autre solution créerait des inégalités de traitement injustifiées entre les différents consommateurs voisins en fonction de leur rattachement à telles ou telles infrastructures électriques. De plus, imposer à l'intimée la responsabilité de l'approvisionnement de base correspond au *statu quo*.



Toutefois, il découle des dispositions légales sur l'approvisionnement de base que le gestionnaire du réseau de distribution n'a pas de droit à approvisionner les consommateurs finaux qui se trouvent dans sa zone de desserte. En effet, il ne s'agit que d'un devoir du gestionnaire de réseau à l'encontre du consommateur final. Ainsi, dans l'hypothèse où un consommateur final raccordé à des installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine a été livré en énergie jusqu'à présent par le gestionnaire de ces installations, le gestionnaire du réseau de distribution ne peut pas se prévaloir de la législation sur l'approvisionnement en électricité pour en tirer un droit à l'approvisionnement de base des consommateurs. En effet, le but poursuivi par le législateur est de protéger le consommateur pour qu'il dispose toujours de suffisamment de courant électrique (MCF, p. 1529 s.), et non de garantir un certain nombre de clients aux gestionnaires de réseau.

En résumé, on peut dire que les consommateurs finaux raccordés à des installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine ont un droit à l'approvisionnement de base à l'encontre du gestionnaire de réseau local. Les consommateurs finaux peuvent exiger du gestionnaire de réseau – en l'espèce l'intimée – qu'il les livre en électricité, à moins qu'ils aient fait usage de leur droit d'accès au réseau.

## 9 Droit d'accès au réseau

Comme cela a déjà été exposé précédemment (consid. 7), les consommateurs finaux avec une consommation annuelle d'au moins 100 MWh ont un droit d'accès au réseau.

L'article 11 alinéa 4 *i. f.* OApEI dispose que les consommateurs finaux raccordés à un réseau de distribution fine de peu d'étendue au sens de l'article 4 alinéa 1 lettre a LApEI disposent eux aussi du droit d'accès au réseau si leur consommation annuelle est d'au moins 100 MWh ; les parties concernées conviennent des modalités d'utilisation de ces lignes électriques. Ils peuvent dès lors acquérir de l'électricité auprès de n'importe quel fournisseur d'électricité, y compris auprès de la requérante.

L'article 11 alinéa 1 OApEI dispose que la consommation annuelle des douze mois précédant le dernier relevé effectué est déterminante pour fixer le droit d'accès au réseau des consommateurs finaux ; la consommation annuelle est la somme de l'énergie électrique qu'un consommateur final soutire ou produit lui-même par site de consommation et par année ; le site de consommation est le lieu d'activité d'un consommateur final qui constitue une unité économique et géographique et qui présente sa propre consommation annuelle effective, indépendamment du nombre de ses points d'injection et de soutirage. L'unité économique existe pour une entreprise dotée de ses propres structures juridiques (personnalité juridique). La simple association de différentes entreprises en vue d'acheter de l'électricité ne suffit pas. Le critère de l'unité géographique exige le voisinage des bâtiments et installations sur le site de consommation. Il est réalisé même pour des ensembles industriels occupant une aire importante, mais pas par exemple pour les filiales d'un grand distributeur, même si elles se trouvent dans la même zone de desserte (Rapport explicatif sur le projet d'OAPEI du 27 juin 2007 soumis à la consultation, p. 8 ; [www.elcom.admin.ch/dokumentation/00014/00015/index.html?lang=fr](http://www.elcom.admin.ch/dokumentation/00014/00015/index.html?lang=fr)). Le législateur a expressément rejeté la possibilité du groupement de clients qui permet à plusieurs consommateurs de se regrouper pour bénéficier du libre accès au réseau (voir notamment BO 2006 N 1752 ss). Cela signifie que plusieurs consommateurs finaux ne peuvent pas se regrouper dans le but d'atteindre la consommation annuelle nécessaire de 100 MWh. L'article 11 alinéa 1 OApEI introduit les conditions de l'unité économique et géographique. Dans le but de garantir une jurisprudence homogène, ce qui est valable pour l'accès au réseau doit aussi s'appliquer à l'approvisionnement de base des consommateurs finaux.



En l'espèce, le centre commercial de la requérante remplit la condition de l'unité géographique. Toutefois, les commerçants qui y louent une surface commerciale sont juridiquement et économiquement indépendants de la requérante et des autres commerçants. De ce fait, l'unité économique n'existe pas : ni entre les différents commerçants eux-mêmes, ni entre les commerçants et la requérante. Reconnaître à la requérante le droit d'acquérir de l'électricité pour la revendre à ses locataires qui ne présentent pas la condition de l'unité économique équivaldrait à autoriser le groupement de clients, ce qui est contraire à la volonté du législateur qui a exigé les conditions cumulatives d'unité économique et géographique.

En outre, le droit d'accès au réseau découle notamment d'une idée d'efficience : le libre accès au réseau du consommateur final éligible permet de limiter la construction d'infrastructures parallèles et, partant, l'utilisation maximale et optimale des infrastructures existantes. Or, en l'espèce, le projet de la requérante suppose la réhabilitation d'anciennes lignes et la construction de nouvelles infrastructures (act. 16, répertoire 2, document 13 ; act. 45, annexe). Cette manière de faire ne permet pas une utilisation efficiente des infrastructures à disposition.

## **10 Rétribution pour l'utilisation des infrastructures électriques appartenant à la requérante**

On peut déduire de l'article 11 alinéa 4 *i. f.* OApEI que le législateur a voulu que le propriétaire des installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine soit en droit d'exiger une rémunération pour l'utilisation de ses infrastructures électriques. Le législateur n'a pas traité de cette question pour ce qui relève de l'approvisionnement de base. Toutefois, il n'y a pas lieu de traiter différemment des situations semblables. Dès lors, tous les consommateurs finaux doivent être traités de manière égale. Ainsi, et conformément à l'article 11 alinéa 4 *i. f.* OApEI appliqué par analogie, le propriétaire d'installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine peut exiger du gestionnaire de réseau chargé de l'approvisionnement de base des consommateurs finaux qui y sont raccordés ou de ceux-ci un dédommagement pour l'utilisation de ses infrastructures électriques. Les parties conviendront des modalités. En cas de désaccord entre parties, l'EICom tranchera sur requête de l'une d'entre elle (article 22 alinéa 2 lettre a LApEI). Elle le fera en prenant en compte la liberté contractuelle. Toutefois, l'EICom ne voit pas quelles raisons pourraient justifier un calcul différent de celui instauré pour le calcul de la rémunération pour l'utilisation du réseau aux articles 14 ss LApEI. En outre, un tel dédommagement ne doit pas être porté deux fois à charge du consommateur final, à savoir une fois au travers du loyer et une fois à titre de rétribution spéciale pour l'utilisation du réseau de niveau de tension concerné. Ainsi, les frais d'exploitation des installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine sont couverts et les investissements nécessaires garantis sans être reportés deux fois à la charge des consommateurs finaux, conformément aux souhaits de la requérante (act. 7 ch. 9 – 28, pp. 2 – 6)

Les parties allèguent qu'aucune indemnisation n'a été convenue pour l'utilisation par l'intimée des installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine de la requérante (act. 45 act. 46, ch. 2). Signalons encore que les indemnisations forfaitaires convenues par les parties (act. 45, act. 46, ch. 2 et act. 34) concernent uniquement la concession par la requérante à l'intimée de droits réels limités par lesquelles la requérante octroie à l'intimée le droit de construire, maintenir et exploiter des infrastructures électriques à moyenne tension ou des transformateurs sur les biens-fonds de la requérante. Ces droits réels limités ne concernent pas les installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine, lesquelles sont propriétés de la requérante et ne sont pas grevées de droits réels limités (voir consid. 5).





## 11 **Egalité de traitement avec les autres installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine**

La gestionnaire de réseau est libre de déléguer certaines tâches qui découlent de son statut de gestionnaire de réseau à un tiers. Ainsi, elle peut déléguer les tâches qui relèvent de sa compétence pour un lieu donné, par exemple un site desservi par des installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine. Elle n'en a toutefois pas l'obligation.

## 12 **Tarif de l'électricité**

Le Tribunal fédéral a jugé que le recours d'un particulier formé dans l'intérêt général ou dans l'intérêt d'un tiers est exclu. Cette exigence a été posée de manière à empêcher l'action populaire au niveau de la juridiction administrative fédérale (ATF 133 II 468, consid. 1, p. 470 et arrêt cité). Il découle de ce qui précède, appliqué par analogie à la procédure de première instance, que la requérante ne peut pas se prévaloir d'une argumentation qui tend à faire bénéficier ses locataires de plus de concurrence et de meilleurs tarifs d'électricité, faute d'intérêt personnel.

Toutefois, l'EICom estime important de préciser que l'article 6 alinéa 3, 1<sup>ère</sup> phrase LApEI oblige les gestionnaires d'un réseau de distribution à 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. Les dispositions légales sur la fixation des tarifs de l'électricité sont aussi applicables aux consommateurs finaux avec approvisionnement de base raccordés à des installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine, dans la mesure où ces dernières font partie intégrante de la zone de desserte (consid. 6). Dès lors, ces consommateurs doivent être traités de façon égale aux autres consommateurs de la même zone de desserte qui sont raccordés au même niveau de tension et qui présentent les mêmes caractéristiques de consommation, conformément à l'article 6 alinéa 3, 1<sup>ère</sup> phrase LApEI.

## 13 **Attribution à un niveau de tension**

A teneur de l'article 5 alinéa 5 *i. i.* LApEI, le Conseil fédéral fixe des règles transparentes et non discriminatoires pour l'attribution des consommateurs finaux à un niveau de tension donné. Il peut, en cas de changement de raccordements, contraindre les consommateurs finaux à assumer leur part des coûts de capital d'installations qui ne sont plus que partiellement, voire plus du tout utilisées, et à compenser, pour une durée déterminée, la diminution des rémunérations versées pour l'utilisation du réseau. Ces dispositions légales ont été complétées par le Conseil fédéral à l'article 3 alinéa 1 et 2 OApEI, qui dispose que les gestionnaires de réseau édictent des directives transparentes et non discriminatoires régissant l'attribution des consommateurs finaux à un niveau de réseau donné et qu'ils fixent aussi dans ces directives le dédommagement dû en cas de changement de raccordement. Le mode de procéder est en outre précisé à l'article 27 alinéa 4 OApEI.

Dans le cas présent, les locataires ne demandent pas à être raccordés à un autre niveau de tension. La requérante souhaite plutôt livrer elle-même ses locataires. En se basant sur les pièces du dossier, l'EICom part de l'idée qu'aucunes négociations n'ont encore été menées entre les locataires et la requérante en ce qui concerne un changement de niveau de tension, et plus particulièrement sur la question de la diminution des rémunérations versées pour l'utilisation du réseau (article 5 alinéa 5 LApEI) ainsi que sur l'indemnité à verser à l'intimée pour les éventuelles installations qui ne sont plus utilisées. Cette question que l'EICom pourrait être amené à traiter sur la base de l'article 3 alinéa 3



OApEI n'est pas litigieuse.

## 14 Emoluments

Pour ses décisions dans le domaine de l'approvisionnement en électricité, l'EiCom prélève des émoluments (article 21 alinéa 5 LApEI, article 13 a de l'Ordonnance sur les émoluments et les taxes de surveillance dans le domaine de l'énergie du 22 novembre 2006 [RS 730.056 ; ci-après : Oémol-En]). Ces émoluments sont calculés en fonction du temps consacré et varient, suivant la classe de fonction du personnel exécutant, de CHF 75 à 250.- l'heure (article 3 Oémol-En).

Pour la présente décision, il y a lieu de retenir les émoluments suivants : [...]

[...]

[...]

[...]

[...]

## 15 Dépens

La requérante demande que des dépens lui soient alloués. Toutefois, ni la législation sur l'approvisionnement en électricité, ni la PA ne prévoient l'allocation de dépens dans le cadre d'une procédure de première instance. En outre, il n'y a pas de place pour une application par analogie de l'article 64 PA, lequel concerne la procédure de recours, à la procédure de première instance. En effet, il ne s'agit pas d'une lacune proprement dite. Au contraire, le législateur connaissait cette particularité et il l'a voulue (ATF 132 II 47, consid. 5.2 et références citées).



### III Dispositif

#### Sur la base de ces considérants, l'EiCom prononce:

1. La requête est rejetée dans la mesure où elle est recevable.
2. Une rétribution doit être versée à la requérante pour l'utilisation de ses installations électriques dont elle est propriétaire ; les parties concernées (requérante, intimée et consommateurs finaux) conviennent des modalités.
3. L'émolument facturé à la requérante s'élève à CHF nn.- et celui facturé à l'intimée s'élève à CHF nn.-. Les factures seront envoyées après l'entrée en force de la présente décision.
4. L'EiCom n'alloue pas de dépens aux parties.
5. La présente décision est notifiée aux parties par lettre recommandée.

Berne, le 9 juillet 2009

**Commission fédérale de l'électricité (EiCom)**

Carlo Schmid-Sutter  
Président

Renato Tami  
Chef du Secrétariat technique de l'EiCom

Envoi:

à notifier par lettre recommandée à :

- [X SA]
- [Y SA]

pour information:

- [la A]



## **IV Indication des voies de recours**

Il peut être formé recours contre la présente décision dans les 30 jours dès notification. Le recours doit être adressé au Tribunal administratif fédéral, Case postale, 3000 Berne 14. Le délai ne court pas :

- a) du 7<sup>e</sup> jour avant Pâques au 7<sup>e</sup> jour après Pâques inclusivement ;
- b) du 15 juillet au 15 août inclusivement ;
- c) du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (articles 23 LApEI, 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 (article 52 al. 1 PA).