



*Décision pas encore
entrée en force.*

Nos références: 952-10-049

Berne, le 12 mai 2011

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, Werner K. Geiger

en l'affaire : [...]

(la requérante)

concernant Remboursement des acomptes versés pour des services-système généraux



I Exposé des faits

A.

- 1 Le 6 mars 2009, l'EiCom a rendu une décision concernant les coûts et tarifs pour l'utilisation du niveau de réseau 1 et pour les services-système (réf. 952-08-005). Dans cette décision, l'EiCom a mis à la charge des exploitants de centrales électriques d'une puissance électrique d'au moins 50 MW des coûts pour les services-système généraux (désigné « tarif des centrales électriques »), en application de l'article 31b de l'ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEI ; RS 734.71). La requérante était également touchée par cette décision. Les chiffres 2 et 3 de la décision ont la teneur suivante :

2. Der Tarif 2009 für allgemeine Systemdienstleistungen wird ab 1. Januar 2009 auf 0.77 Rappen/kWh festgelegt. Davon werden 0.40 Rappen/kWh den Endverbrauchern entsprechend der bezogenen elektrischen Energie angelastet.

3. Der Tarif 2009 für Systemdienstleistungen für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW gemäss Anhang 2 dieser Verfügung beträgt ab 1. Januar 2009 0.45 Rappen/kWh. Die swissgrid AG hat bei diesen Kraftwerken eine Erhebung der effektiv erzeugten Bruttoenergie durchzuführen. Sie hat nach Vorliegen der tatsächlichen SDL-Kosten der EiCom einen Bericht zur Genehmigung vorzulegen. Die swissgrid AG hat die von der EiCom genehmigten anrechenbaren SDL-Kosten den Betreibern von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW individuell nachzubelasten oder gutzuschreiben. Diese Abrechnung kann unterjährig erfolgen.
- 2 Plusieurs exploitants de centrales électriques ont fait recours contre ces deux chiffres de la décision du 6 mars 2009. La requérante était partie à la procédure devant l'EiCom mais n'a pas fait recours contre la décision.
- 3 Par jugement du 8 juillet 2010 (A-2607/2009), le Tribunal administratif fédéral a déclaré l'article 31b OApEI contraire à la loi et à la Constitution et a annulé le chiffre 2, 2^e phrase et le chiffre 3 de la décision du 6 mars 2009 pour la recourante.

B.

- 4 Le 4 mars 2010, l'EiCom a rendu une décision concernant les coûts et tarifs 2010 pour l'utilisation du niveau de réseau 1 et pour les services-système (réf. 952-09-131). A nouveau, l'EiCom a appliqué l'article 31b OApEI et a mis à la charge des exploitants de centrales électriques d'une puissance électrique d'au moins 50 MW des coûts pour les services-système généraux. Les chiffres 4 et 5 de la décision ont la teneur suivante :

4. Der Tarif 2010 für allgemeine Systemdienstleistungen wird ab 1. Januar 2010 auf 0.76 Rappen/kWh festgelegt. Davon werden 0.40 Rappen/kWh den Netzbetreibern und den am Übertragungsnetz direkt angeschlossenen Endverbrauchern entsprechend der bezogenen elektrischen Energie angelastet.

5. Der Tarif 2010 für Systemdienstleistungen für Kraftwerke mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW gemäss Anhang 2 dieser Verfügung beträgt ab 1. Januar 2010 0.42 Rappen/kWh. Dieser Tarif ist ab dem 1. Januar 2010 anzuwenden. Die swissgrid AG hat bei diesen Kraftwerken eine Erhebung der effektiv erzeugten Bruttoenergie durchzuführen. Sie hat nach Vorliegen der tatsächlichen SDL-Kosten der EiCom einen Bericht zur Genehmigung vorzulegen. Die swissgrid AG hat



die von der ElCom genehmigten anrechenbaren SDL-Kosten den Betreibern von Kraftwerken mit einer elektrischen Leistung von mindestens 50 MW individuell nachzubelasten oder gutzuschreiben. Diese Abrechnung kann unterjährig erfolgen.

- 5 A nouveau, plusieurs exploitants de centrales électriques ont recouru auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision du 4 mars 2010. La requérante – à nouveau partie à la procédure – a renoncé à déposer un recours. Les procédures de recours sont à ce jour suspendues.

C.

- 6 Suite à l'arrêt rendu par le Tribunal administratif fédéral en date du 8 juillet 2010 (A-2607/2009), l'ElCom n'a plus appliqué l'article 31b OApEl (cf. décision du 11 novembre 2010 concernant les coûts et tarifs 2011 pour l'utilisation du niveau de réseau 1 et pour les services-système).

D.

- 7 Par courrier du 15 décembre 2010, la requérante a déposé devant l'ElCom un recours contre swissgrid concernant le remboursement des acomptes versés pour des services-systèmes généraux (SDL¹) (act. 1).
- 8 Par courrier du 13 janvier 2011, le Secrétariat technique de l'ElCom a annoncé à la requérante l'ouverture d'une procédure de première instance au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) et lui a laissé l'occasion de compléter son mémoire en conséquence (act. 3).
- 9 Le Secrétariat technique de l'ElCom a également informé swissgrid de l'ouverture d'une procédure de première instance, par courrier du 13 janvier 2011 (act. 4).

E.

- 10 Par courrier du 14 février 2011, la requérante a déposé un mémoire complémentaire à son mémoire du 15 décembre 2010 (act. 5).

¹ L'abréviation SDL, qui signifie en allemand « Systemdienstleistungen », est utilisée dans la présente décision pour désigner les services-système.



II Considérants

1 Compétence

- 11 En vertu de l'article 22 alinéa 1 de la loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEI ; RS 734.7), la Commission fédérale de l'électricité (ElCom) surveille le respect de la loi, prend les mesures et rend les décisions nécessaires à l'exécution de la loi et de ses dispositions d'exécution. L'ElCom est notamment compétente pour vérifier, d'office ou sur plainte, les tarifs et la rémunération pour l'utilisation du réseau (art. 22 al. 2 let. a et b LApEI).
- 12 En l'espèce, un mémoire de recours (act. 1 et 5) contre une décision rendue par swissgrid a été déposée devant l'ElCom. Or, l'ElCom considère qu'il ne s'agit pas d'une procédure de recours mais d'une requête visant à modifier le tarif mis à la charge des centrales électriques d'une puissance supérieure ou égale à 50 MW conformément à l'article 31b OApEI et découlant des chiffres 2 et 3 de la décision du 6 mars 2009 et des chiffres 4 et 5 de la décision du 4 mars 2010 (cf. n. 22ss). L'ElCom examine donc, en première instance, une demande de reconsidération des décisions des 6 mars 2009 et 4 mars 2010, déposée par la requérante. Ces deux décisions sont formellement entrées en force pour la requérante (cf. n. 44). Une autorité peut, à certaines conditions, modifier ses décisions malgré qu'elles soient entrées en force. L'ElCom avait la compétence de rendre les décisions, c'est pourquoi elle est également compétente pour se prononcer sur la demande de reconsidération.

2 Parties, conclusions et allégués

2.1 Parties

- 13 La requérante a déposé un mémoire de recours (act. 1 et 5) auprès de l'ElCom. Or, l'ElCom considère qu'il ne s'agit pas d'une procédure de recours mais d'une demande de reconsidération (cf. n. 22ss). C'est pourquoi l'ElCom utilise le terme de « requérante » et non de « recourante » pour désigner la partie à la présente procédure. La requérante est ainsi la destinataire matérielle de la décision et une partie au sens de l'article 6 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).
- 14 Le recours introduit auprès de l'ElCom par mémoires des 15 décembre 2010 et 14 février 2011 était dirigé contre la société swissgrid SA (act. 1 et 5). Or, dans le mesure où l'ElCom considère qu'il ne s'agit pas d'un recours mais d'une demande de reconsidération du tarif des centrales électriques (cf. n. 22ss), la société nationale du réseau de transport, swissgrid SA, n'est pas destinataire de la décision et n'est pas touchée par la présente décision. Par conséquent, swissgrid SA n'est pas considérée comme une partie à la présente procédure.

2.2 Conclusions et allégués de la requérante

- 15 Dans son *premier mémoire*, la requérante prend les conclusions suivantes (act. 1) :
1. Annuler la décision de swissgrid concernant la facturation des coûts restants SDL du 11 novembre 2010 et décider comme suit : la recourante se voit rembourser le total des acomptes



payés pour des coûts SDL généraux à swissgrid, à hauteur de CHF [...] (incl. TVA), y compris un intérêt approprié ;

2. Subsidiairement, annuler la décision de swissgrid concernant la facturation des coûts restants SDL du 11 novembre 2010 et décider comme suit : la recourante se voit rembourser tous les acomptes payés pour des coûts SDL généraux à swissgrid sous le titre d'« acomptes supplémentaires » pour l'année 2009, y compris un intérêt approprié ;
3. Plus subsidiairement, constater que swissgrid a demandé à la recourante des acomptes indus pour des coûts SDL généraux et que swissgrid doit rembourser à la recourante le total des acomptes payés pour des coûts SDL généraux, à hauteur de CHF [...] (incl. TVA), y compris un intérêt approprié ;

ainsi que les conclusions de procédures suivantes :

- a) Suspendre la présente procédure jusqu'à ce que swissgrid ait décidé, dans un délai raisonnable, si elle rend une décision formelle complète concernant la facturation des coûts restants SDL à l'égard de la recourante ;
- b) Impartir à la recourante un délai raisonnable pour produire à la suite de la décision de swissgrid un mémoire complémentaire au sens de l'art. 53 PA ;

En toute hypothèse, mettre les frais et dépens à la charge de swissgrid.

- 16 La requérante avance, dans son premier mémoire, que le refus de swissgrid, par courrier du 11 novembre 2010, de procéder au remboursement des acomptes versés de manière indue pour des coûts SDL généraux remplit toutes les conditions d'une décision au sens de l'article 5 PA (act. 1, n. 2 et 20). Par conséquent, elle demande que son mémoire soit considéré comme un recours (act. 1, n. 19). L'EiCom serait compétente pour traiter le recours en vertu des articles 22 alinéa 1 LApEI et 47 alinéa 1 lettre d PA (act. 1, n. 10ss). Plus subsidiairement, la requérante demande à l'EiCom de rendre une décision en constatation (act. 1, n. 13ss et n. 27ss).
- 17 Quant au fond, la requérante allègue que les paiements litigieux constituent de simples acomptes, qu'un décompte définitif et susceptible de contestation n'a jamais été établi et qu'il n'existe aucune base légale pour ces versements (act. 1, n. 51). Il est dès lors incompréhensible que swissgrid refuse leur remboursement parce que la requérante n'a pas interjeté recours contre la décision de l'EiCom du 6 mars 2009 (act. 1, n. 49). La requérante invoque également le principe de la confiance découlant de l'article 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst ; RS 101). A son avis, la garantie donnée par swissgrid par courrier du 19 juin 2009 de rembourser les acomptes versés doit jouir de la protection de la confiance légitime placée dans une assurance donnée par une autorité, les conditions en étant remplies (act. 1, n. 52ss).
- 18 Dans son *mémoire complémentaire*, la requérante prend les conclusions suivantes (act. 5) :

A la forme :
 1. Déclarer bon et recevable le présent recours.



Au fond :

2. Annuler la décision de swissgrid concernant la facturation des coûts restants SDL du 11 novembre 2010 et décider comme suit : la recourante se voit rembourser le total des acomptes payés à swissgrid pour des coûts SDL généraux au titre de coûts SDL pour des centrales électriques d'une puissance électrique d'au moins 50 MW, à hauteur de CHF [...] (incl. TVA), avec intérêt moratoire à 5% l'an dès le 15 février 2011 ;
3. Subsidiairement,
 - i. Constater que swissgrid a exigé de la recourante des acomptes indus pour des coûts SDL généraux au titre de coûts SDL pour des centrales électriques d'une puissance électrique d'au moins 50 MW ;
 - ii. Constater que swissgrid doit rembourser à la recourante CHF [...] (incl. TVA), avec intérêt moratoire à 5% l'an dès le 15 février 2011 ;
4. Plus subsidiairement, annuler la décision de swissgrid concernant la facturation des coûts restants SDL du 11 novembre 2010 et décider comme suit : la recourante se voit rembourser le total des acomptes payés à swissgrid pour des coûts SDL généraux au titre d'« acomptes supplémentaires » à hauteur de CHF [...] (incl. TVA), avec intérêt moratoire à 5% l'an dès le 15 février 2011 ;
5. Encore plus subsidiairement,
 - i. Constater que swissgrid a exigé de la recourante des acomptes indus pour des coûts SDL généraux au titre d'« acomptes supplémentaires » pour des centrales électriques d'une puissance électrique d'au moins 50 MW ;
 - ii. Constater que swissgrid doit rembourser à la recourante CHF [...] (incl. TVA), avec intérêt moratoire à 5% l'an dès le 15 février 2011 ;

ainsi que les conclusions de procédures suivantes :

- a) Ordonner un second échange d'écritures dans la présente procédure ;
- b) Si par impossible la présente procédure n'était pas dirigée contre une décision au sens de l'art. 5 PA en lien avec l'art. 22 al. 2 LApEI, déterminer la nature de la présente procédure par une décision sujette à recours ;

En toute hypothèse, mettre les frais et dépens à la charge de swissgrid.

- 19 A l'appui de son mémoire complémentaire, la requérante allègue que les montants payés pour les coûts des SDL généraux sont de simples acomptes, basés sur une estimation provisoire (act. 5, n. 27s.). Il en est de même des acomptes supplémentaires (act. 5, n. 30). L'ampleur définitive du montant à payer par les centrales électriques n'a pas été déterminée et n'a pas pu être contrôlée par la justice (act. 5, n. 30 et 32). La requérante avance également le fait que les décisions concernant les tarifs 2009 et 2010 sont partiellement nulles. Ces décisions sont à plusieurs égards erronées et présentent des défauts graves (act. 5, n. 35ss). En matière de contributions publiques, le principe de la légalité pose des exigences particulièrement élevées ; la mise à la charge des centrales électriques de certains coûts pour les SDL a des conséquences financières importantes et restreint la liberté écono-



mique (act. 5, n. 40 s.). La requérante avance enfin que ses intérêts sont d'une importance toute autre que celle de l'exploitant du réseau et/ou des consommateurs finaux directement raccordés au réseau de transport et doivent donc être pris en compte (act. 5, n. 43).

- 20 La requérante allègue à nouveau que swissgrid a délivré une assurance claire et explicite du remboursement de tous les acomptes SDL encaissés (act. 5, n. 54). La requérante avance encore que le Secrétariat technique de l'EiCom lui a fourni des renseignements qui entraînent une protection de la confiance légitime au sens de l'art. 9 Cst (act. 5, n. 58ss). Finalement, il faudrait partir du principe qu'un contrat de nature administrative liant (act. 5, n. 61ss) ou éventuellement un contrat de droit privé liant (act. 5, n. 64ss) a été conclu entre swissgrid et la requérante. Selon la requérante, le non paiement des dettes de swissgrid contreviendrait au but de la législation sur l'approvisionnement en électricité conformément à l'art. 1 LApEI (act. 5, n. 67).
- 21 Les allégués de la requérante seront examinés dans les considérants.

3 Nature de la procédure

- 22 La requérante demande, dans son mémoire complémentaire, que l'EiCom détermine la nature de la procédure par une décision sujette à recours, si elle devait considérer qu'il n'y a pas de décision au sens de l'article 5 PA (act. 5, n. 6). Selon la requérante, le courrier de swissgrid du 11 novembre 2010, qui refuse de procéder au remboursement des acomptes versés, constitue une décision au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021), même si swissgrid ne l'a pas désigné comme une décision (act. 1, n. 1). En effet, ledit courrier remplirait toutes les conditions d'une décision au sens de l'article 5 PA selon la requérante (act. 1, n. 20s.).
- 23 Selon l'article 5 alinéa 1 PA, sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèces, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (lettre a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (lettre b) ou de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (lettre c). Selon la définition du Tribunal fédéral, la décision est un acte de souveraineté individuel adressé au particulier, par lequel un rapport de droit administratif concret, formant ou constatant une situation juridique, est réglé de manière obligatoire et contraignante. Les effets doivent se déployer directement tant à l'égard des autorités qu'à celui du destinataire de la décision (BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 253s. ; ATF 101 Ia 73, JdT 1977 I 67).
- 24 Selon la doctrine et la jurisprudence, les éléments permettant de déterminer s'il s'agit d'une décision sont cumulatifs : si un des critères fait défaut, il n'y a pas de décision au sens de l'article 5 PA (FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Artikel 5 Rz. 17). Il faut donc examiner si les conditions de l'article 5 PA sont remplies en l'espèce pour qualifier de décision le courrier de swissgrid du 11 novembre 2010.
- 25 L'auteur de la décision doit être une autorité détentrice de la puissance publique qui fonde sa compétence sur une norme (BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 254). Cette notion fait référence à l'article 1 alinéa 2 PA. Selon la lettre e de cette disposition, les autorités ou organisations indépendantes de l'administration fédérale, en tant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération, sont réputées être des autorités. Il s'ensuit que des privés peuvent être des autorités et qu'une organisation indépendante de l'administration peut être considérée ou non comme une autorité en fonction de son secteur



d'activité (FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Artikel 5 Rz. 22).

- 26 La requérante allègue que la tâche de swissgrid, telle que décrite à l'article 18 LApEI, a un but d'intérêt public et que swissgrid constitue une instance supérieure à son égard et met à sa charge de façon contraignante des devoirs concrets de payer (act. 1, n. 20). Le transfert de tâches de droit public à des sujets de droit privés exige une base légale formelle (art. 178 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst ; RS 101] ; art. 2 al. 4 de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA ; RS 172.010]).
- 27 Selon la doctrine, les sujets de droit privés ne sont habilités à rendre des décisions que si une loi leur en délègue la faculté. Il faut de même une habilitation législative pour qu'un organisme de droit public décentralisé – qui n'est pas intégré dans la relation administrative hiérarchique – puisse rendre des décisions malgré son statut particulier (MOOR PIERRE, Droit administratif, vol. II, Berne 2002, p. 170). Il faut dès lors examiner dans le cas particulier si une norme habilite expressément swissgrid à rendre des décisions en matière de tarif des centrales électriques.
- 28 La requérante n'allègue pas sur quelle base légale swissgrid est habilitée à rendre des décisions. L'article 31b alinéa 2 OApEI prévoit que la société nationale du réseau de transport facture individuellement aux exploitants des centrales électriques d'une puissance supérieure ou égale à 50 MW, proportionnellement à leur part de production d'énergie brute, la part des coûts des services-système qui ne peut pas être couverte par le tarif de 0,4 centime par kWh prévu à l'al. 1. Cette disposition se trouve dans l'ordonnance et non dans la loi. Elle règle uniquement les modalités d'encaissement du tarif auprès des exploitants de centrales électriques. Cette compétence de swissgrid de facturer le tarif des centrales électrique ne peut pas être qualifiée de compétence de rendre des décisions. De plus, la loi sur l'approvisionnement en électricité ne prévoit pas expressément de compétence de swissgrid de rendre des décisions concernant le tarif des centrales électriques. Cela signifie donc que swissgrid n'est pas habilitée par la loi à rendre des décisions en matière de tarif des centrales électriques.
- 29 En l'espèce, le tarif mis à la charge des centrales électriques découle de l'article 31b OApEI et repose sur les deux décisions de l'ECom des 6 mars 2009 et 4 mars 2010 qui ont acquis force de chose jugée pour la requérante. Une décision formellement entrée en force règle déjà la question du tarif des centrales électriques pour la requérante, ce qui empêche swissgrid de rendre des décisions en la matière. De plus, si swissgrid avait la compétence de rendre des décisions en matière de tarif des centrales électriques, cela signifierait que l'ECom n'aurait pas dû se prononcer sur ces tarifs dans ses décisions des 6 mars 2009 et 4 mars 2010. L'article 22 alinéa 1 LApEI attribue cependant clairement la compétence de veiller au respect de la loi à l'ECom.
- 30 Swissgrid ne pouvant pas être considérée comme une autorité habilitée à rendre des décisions en matière de tarif des centrales électriques, il n'y a pas lieu d'examiner les autres conditions de l'article 5 PA. Par conséquent, le courrier de swissgrid du 11 novembre 2010 ne peut pas être considéré comme une décision au sens de l'article 5 PA et ne peut pas être contesté par la voie d'un recours auprès de l'ECom.
- 31 La requérante demande, dans ses conclusions subsidiaires, que l'ECom constate que swissgrid a exigé des acomptes indus et que swissgrid doit donc rembourser les montants payés à ce titre (cf. n. 15 et 18). L'article 25 alinéa 1 PA prévoit que l'autorité compétente sur le fond a qualité pour constater par une décision, d'office ou sur demande, l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations fondés sur le droit public. Selon l'article 25 alinéa 2 PA, l'autorité donne suite à une demande en constatation si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection. La requérante fait



valoir en l'espèce que ses intérêts économiques seraient directement atteints par la décision en constatation demandée (act. 1, n. 30).

- 32 Or, il est constant qu'il n'y pas d'incertitude juridique et donc pas d'intérêt digne de protection à demander une décision en constatation si la question a déjà été tranchée par une décision formellement entrée en force. La demande en constatation ne doit pas servir à compenser les conséquences négatives d'un délai de recours non respecté (WEBER-DÜRLER BEATRICE, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Artikel 25 Rz. 347). En l'espèce, nous sommes déjà en présence d'une décision entrée en force pour la requérante concernant le tarif des centrales électrique qu'elle demande aujourd'hui d'annuler par le biais d'une décision en constatation. En effet, les deux décisions de l'EiCom des 6 mars 2009 et 4 mars 2010 ont acquis force de chose jugée pour la requérante, qui n'a pas fait recours au Tribunal administratif fédéral contre les chiffres des dispositifs relatifs au tarif des centrales électriques. Par conséquent, il n'est pas entré en matière sur les conclusions de la requérante visant à demander à l'EiCom de rendre une décision en constatation, faute d'intérêt digne de protection au sens de l'article 25 alinéa 2 PA.
- 33 En définitive, il n'y a lieu d'entrer en matière sur les conclusions de la requérante visant à demander l'annulation de la décision de swissgrid par le biais du recours, subsidiairement la constatation que les acomptes exigés étaient indus par le biais d'une demande de constatation, ne sont pas recevables. Les mémoires de la requérante des 15 décembre 2010 et 14 février 2011 ne sont pas des recours mais une requête visant à annuler le tarif mis à la charge des centrales électriques d'une puissance supérieure ou égale à 50 MW, conformément à l'article 31b OApEI et découlant des chiffres 2 et 3 de la décision du 6 mars 2009 et des chiffres 4 et 5 de la décision du 4 mars 2010. L'EiCom considère donc qu'il s'agit d'une procédure de première instance, plus précisément d'une demande de reconsidération des décisions des 6 mars 2009 et 4 mars 2010, même si la requérante ne formule pas de conclusion formelle dans ce sens.

4 Requêtes de procédure

4.1 Suspension de la procédure

- 34 Dans son premier mémoire, la requérante demande que la procédure soit suspendue jusqu'à ce que swissgrid ait décidé si elle rend une décision formelle complète concernant la facturation des coûts restants des services-système (cf. n. 15).
- 35 Comme nous l'avons exposé ci-dessus (n. 22ss), swissgrid n'est pas habilitée à rendre des décisions en matière de tarifs des centrales électriques. Une décision de swissgrid n'est dès lors pas à attendre et une suspension de la procédure n'est pas nécessaire, l'EiCom pouvant se prononcer immédiatement sur le dossier.
- 36 La conclusion de la requérante visant à la suspension de la procédure est rejetée.

4.2 Délai supplémentaire pour déposer un mémoire complémentaire

- 37 Dans son premier mémoire, la requérante demande également qu'il lui soit imparti un délai raisonnable pour produire un mémoire complémentaire au sens de l'article 53 PA à la suite de la décision de swissgrid (cf. n. 15).



38 Comme nous l'avons exposé ci-dessus (n. 22ss), swissgrid n'est pas habilitée à rendre des décisions en matière de tarifs des centrales électriques. Une décision de swissgrid n'est dès lors pas à attendre. Il ne s'agit par conséquent pas d'une procédure de recours. L'article 53 PA prévoit la possibilité de déposer un mémoire complémentaire dans la procédure de recours. Or, en l'espèce, il s'agit d'une procédure de première instance. De plus, l'EiCom a déjà laissé la possibilité à la requérante de compléter son mémoire, suite à l'ouverture de la procédure de première instance (act. 3).

39 La conclusion de la requérante visant à obtenir un délai supplémentaire pour déposer un mémoire complémentaire est rejetée.

4.3 Echange d'écritures

40 Dans son mémoire complémentaire, la requérante demande qu'un second échange d'écritures soit ordonné dans la présente procédure (cf. n. 18).

41 La question litigieuse en l'espèce est celle de savoir si l'EiCom peut ordonner de nouvelles règles à l'égard de la requérante, remettant en cause les décisions entrées en force des 6 mars 2009 et 4 mars 2010. Or, l'EiCom considère que swissgrid n'est pas partie à la présente procédure (n. 14) et que l'état de fait est établi de manière satisfaisante. Elle n'a donc pas ordonné d'échange d'écritures dans la présente procédure et swissgrid n'a pas été invitée à prendre position sur les mémoires de la requérante. Par conséquent, la requérante n'a matériellement pas la possibilité de se déterminer sur les arguments de swissgrid et sa conclusion visant à obtenir un second échange d'écritures dans la procédure est rejetée.

42 L'EiCom a par ailleurs communiqué officiellement à plusieurs reprises, y compris par le biais de décisions déjà rendues sur le même thème (décision de l'EiCom du 13 janvier 2011 [952-10-045] qui fait l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral [A-1175/2011] et décisions de l'EiCom du 17 février 2011 [952-11-002 et 952-11-003]), que le tarif des centrales électriques ne peut pas être remis en question par des parties qui n'ont pas recouru contre les décisions rendues les 6 mars 2009 et 4 mars 2010.

4.4 Décision sur la nature de la procédure

43 Dans son mémoire complémentaire, la requérante demande que l'EiCom détermine la nature de la procédure par une décision sujette à recours, si par impossible la présente procédure n'était pas dirigée contre une décision au sens de l'article 5 PA en lien avec l'article 22 alinéa 2 LApEI (cf. n. 18). A l'appui de sa demande, la requérante explique qu'elle part du principe que le présent acte sera traité dans le cadre d'une procédure selon l'article 5 PA en lien avec l'article 22 alinéa 2 LApEI. Si l'EiCom devait être d'une opinion différente, la requérante demande qu'une décision sujette à recours soit rendue (act. 5, n. 6).

44 En l'espèce, l'EiCom part du principe qu'il ne s'agit ni d'une procédure de recours ni d'une procédure de constatation, mais d'une procédure de reconsidération (cf. n. 22ss). L'EiCom se prononce donc sur le dossier par le biais d'une décision au sens de l'article 5 PA et dans le cadre d'une procédure formelle au sens de la PA ; elle traite ainsi de manière implicite la question de la nature de la procédure dans le cadre de la présente décision.

45 Par conséquent, la conclusion de la requérante visant à demander une décision formelle devient sans objet.



5 Demande de reconsidération

5.1 En général

- 46 Une décision acquiert la force de chose jugée lorsqu'elle ne peut plus être attaquée par un moyen de droit ordinaire (HÄFELIN ULRICH/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zurich/St-Gall/Bâle/Genève 2006, n. 990). Les deux décisions de l'ECom des 6 mars 2009 et 4 mars 2010 ont acquis force de chose jugée pour la requérante, qui n'a pas fait recours au Tribunal administratif fédéral contre les chiffres des dispositifs relatifs au tarif des centrales électriques (cf. ég. Décision de l'ECom du 17 février 2011, 952-11-002, n. 18).
- 47 Une décision ayant acquis force de chose jugée est définitive. Elle ne peut être annulée unilatéralement par l'autorité ou modifiée au détriment des destinataires qu'à certaines conditions précises (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berne 2009, § 31 n. 8). Pour l'examen de la présente demande de reconsidération, les conditions générales du droit administratif pour le réexamen d'une décision entrée en force s'appliquent.
- 48 En principe, une autorité peut réexaminer une décision entrée en force si elle constate que les circonstances de fait ou de droit se sont modifiées depuis la décision, à tel point que la décision apparaît à ce jour incorrecte (irrégularité subséquente de la décision). Il est également possible de revenir sur une décision contenant une irrégularité initiale (établissement incorrect des faits ou mauvaise appréciation de l'état de faits d'un point de vue juridique ; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berne 2009, § 31 n. 19).
- 49 Dans un premier temps, nous allons examiner s'il existe des motifs de réexamen des décisions contestées par la requérante (question de la recevabilité). S'il existe de tels motifs, il faudra examiner, dans un second temps, s'il existe des motifs pour modifier les décisions.

5.2 Examen de la demande de reconsidération

- 50 La partie qui requiert une reconsidération doit apporter la preuve qu'il existe des motifs de réexamen de la décision. S'il n'existe pas de motifs de réexamen reconnus, la demande doit être traitée en tant que demande de réexamen sans motif de révision. Il n'existe, en règle générale, pas d'obligation d'entrer en matière, si le contraire n'est pas prévu dans la loi. L'entrée en matière est ainsi laissée à la libre appréciation de l'autorité.

5.2.1 Existence de motifs de réexamen

- 51 La jurisprudence et la doctrine reconnaissent généralement les motifs de reconsidération suivants (pour ce qui suit, cf. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berne 2009, § 31 n. 36 ss) :
- 52 *Des motifs semblables à ceux de la révision (art. 66 PA) :* le réexamen d'une décision frappée d'une irrégularité initiale est admise en présence de motifs de révision. De tels motifs existent si la décision a été influencée par un crime ou un délit, si des faits ou des moyens de preuve nouveaux importants sont invoqués ou si l'autorité n'a pas tenu compte de faits importants établis par pièce ou n'a pas statué sur certaines conclusions. Dans le cas d'espèce, il n'existe pas de motifs semblables à ceux de la révision et la requérante n'invoque pas un tel motif.



- 53 *Réexamen en raison d'une application incorrecte du droit* : une décision peut contenir une irrégularité initiale en raison d'une application incorrecte du droit. Une application incorrecte du droit doit en principe être invoquée dans le cadre d'un recours. Il existe cependant deux exceptions :
- *Décision de durée (dont les effets se déploient sur une période de temps relativement longue)* : conformément à l'article 31b alinéa 2 OApEI, la décision 952-08-005 fixe le tarif des centrales électriques pour l'année 2009, la décision 952-09-131 pour l'année 2010. L'état de fait est en l'espèce limité dans le temps. Par conséquent, nous ne sommes pas en présence de décisions de durée.
 - *Erreur matérielle grave* : un nouvel examen de décisions semblables à un jugement est exceptionnellement possible, si la décision contient une erreur matérielle grave et si le maintien inchangé de la décision conduit à un résultat choquant et contraire au sentiment d'égalité. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Il est vrai qu'il s'agit d'une charge financière relativement importante pour les centrales électriques. Cette charge est cependant limitée aux années 2009 et 2010. Finalement, le fait que la requérante n'a pas fait recours contre le tarif mis à sa charge, malgré le fait que ce tarif était déjà contesté dans la procédure devant l'EiCom, prêle à penser que cette charge n'a pas été considérée comme grave par la requérante. En principe, les actes administratifs qui s'appuient sur une base légale insuffisante sont uniquement annulables (ATF 98 Ia 568 cons. 4 p. 571 s.; HÄFELIN ULRICH/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zurich/St-Gall/Bâle/Genève 2006, n. 951 ss). La requérante s'est en l'espèce abstenue de faire recours. De plus, dans son arrêt, le Tribunal administratif fédéral n'a pas relevé de nullité des chiffres du dispositif contestés, relatifs au tarif des centrales électriques. Au contraire, il a explicitement annulé les chiffres en question pour la recourante uniquement. Par conséquent, les décisions de l'EiCom ne contiennent aucune erreur matérielle grave (cf. ég. Décision de l'EiCom du 17 février 2011, 952-11-002, n. 25).
- 54 *Modification ultérieure de l'état de faits* : l'état de faits ne s'est pas modifié ultérieurement à la prise de décision. Cet argument n'a pas été invoqué par la requérante.
- 55 *Modification ultérieure de la situation juridique* : la situation juridique ne s'est pas modifiée ultérieurement à la prise de décision. Le Tribunal administratif fédéral, dans son arrêt, a uniquement exclu l'application de l'article 31b OApEI pour la recourante.
- 56 En définitive, il découle de l'article 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst ; RS 101), selon la pratique des tribunaux, un droit à l'entrée en matière sur une demande de reconsidération, si les circonstances se sont modifiées de manière importante depuis la décision ou si le demandeur fait valoir des faits ou des moyens de preuve importants, qui n'étaient pas connus lors de la procédure.
- 57 La requérante n'apporte pas de faits ou moyens de preuve nouveaux et importants. Les circonstances, soit juridiques soit de fait, ne se sont pas non plus modifiées de manière importante depuis la décision. Dans l'intervalle, le Tribunal administratif fédéral a uniquement annulé certains chiffres de la décision du 6 mars 2009 pour une recourante, suite au recours que celle-ci avait déposé.
- 58 Au vu de ce qui précède, il n'y a aucune cause reconnue qui justifierait un nouvel examen des décisions des 6 mars 2009 et 4 mars 2010. Par conséquent, la demande de reconsidération de la requérante doit être examinée en tant que demande de réexamen sans motif de révision.



5.2.2 Demande de réexamen sans motif de révision

- 59 En principe, en cas de nouvel examen d'une décision, il y a lieu de procéder à une pesée des intérêts entre, d'une part, l'intérêt à l'exécution du droit objectif et l'égalité de traitement et, d'autre part, entre l'intérêt à la sécurité juridique et la protection de la confiance (l'intérêt au maintien de la décision pour ses destinataires). En cas de modification de la décision au désavantage des personnes touchées par la décision, ces derniers principes ont une importance particulière (cf. arrêt du TAF du 23 juin 2008, A-8636/2007, cons. 4).
- 60 En l'espèce, il est possible d'argumenter qu'une reconsidération des chiffres 2, 2^e phrase et 3 de la décision du 6 mars 2009 et les chiffres 4, 2^e phrase et 5 de la décision du 4 mars 2010 interviendrait en faveur de la requérante, respectivement des exploitants de centrales électriques ayant une puissance électrique d'au moins 50 MW. Ce point de vue est cependant trop restrictif. En effet, le non paiement du tarif par les centrales électriques entraînerait la mise à la charge des gestionnaires de réseau et des consommateurs finaux directement raccordés au réseau de transport des montants correspondants. Par conséquent, une reconsidération interviendrait bien en faveur de la requérante, mais également au désavantage des gestionnaires de réseau et des consommateurs finaux directement raccordés au réseau de transport. Or, si une reconsidération intervient au détriment d'autres parties, les exigences relatives aux causes du nouvel examen ou de la modification de la décision doivent être examinées de manière plus sévère du point de vue de la sécurité du droit et de la protection de la confiance.
- 61 La requérante allègue que ses intérêts sont d'une importance toute autre que celle de l'exploitant du réseau et/ou des consommateurs finaux directement raccordés au réseau de transport (act. 5, n. 43). Elle n'explique pas dans quelle mesure ses intérêts sont plus touchés. Cela ne modifie pas le fait qu'une reconsidération interviendrait au détriment des gestionnaires de réseau et des consommateurs finaux directement raccordés au réseau de transport. Les causes de réexamen et de modification doivent donc être jugées plus sévèrement.
- 62 Pour ces raisons, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur la présente demande de reconsidération (cf. ég. Décision de l'ECom du 17 février 2011, 952-11-002, n. 32).
- 63 Dans son mémoire complémentaire, la requérante avance que les décisions de l'ECom des 6 mars 2009 et 4 mars 2010 sont à plusieurs égards erronées et présentent des défauts graves, ce qui signifie qu'elles sont partiellement nulles. Ces décisions sont, à son avis, impropres à fonder des obligations de s'acquitter du tarif des centrales électriques (act. 5, n. 35, 36 et 46). Il est correct que le Tribunal administratif fédéral a déclaré que l'article 31b OApEI est contraire à la loi et à la Constitution et a exclu son application pour la recourante dans le cas d'espèce (arrêt du Tribunal administratif fédéral du 8 juillet 2010, A-2607/2009). Le Tribunal administratif fédéral n'a cependant pas affirmé, dans son jugement, que l'article 31b OApEI était nul. Cela signifie donc que l'article 31b OApEI ne peut pas être considéré comme nul dès son entrée en vigueur et que cet article pouvait donc être appliqué par l'ECom dans ses décisions rendues antérieurement au jugement du Tribunal administratif fédéral. Tel est le cas en l'espèce. De plus, l'irrégularité matérielle comme par exemple l'illégalité d'une décision crée en principe un motif d'annulabilité et non de nullité de la décision (JAB (BVR) 2000 p. 77 (83); P. MOOR, op. cit., p. 321; U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, op.cit., n. 981; M. IMBODEN/R. RHINOW, op.cit., Band I, Nr. 40, p. 243). Par conséquent, les décisions de l'ECom des 6 mars 2009 et 4 mars 2010 auraient pu être annulées pour la requérante par le biais d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral mais ne peuvent pas être considérées comme partiellement nulles.



- 64 La requérante invoque, en marge de son mémoire, le principe de l'égalité de traitement : des coûts substantiels seraient mis à sa charge, suite à une inégalité de traitement à l'égard des autres exploitants de centrales (act. 5, n. 42 et 44). Cet argument n'est pas pertinent. La requérante n'a pas déposé de recours contre le tarif des centrales électriques dans les délais indiqués, contrairement aux centrales électriques qui ont contesté les décisions de l'EiCom par un recours. Par conséquent, la décision a acquis force de chose jugée pour la requérante, ce qui n'est pas le cas pour les centrales électriques qui ont déposé un recours. Il ne s'agit donc pas de situations comparables. Le principe de l'égalité de traitement impose que des états de faits comparables soient traités de manière similaire par la même autorité (REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Berne 2007, p. 352). En l'espèce, l'EiCom a traité toutes les parties de manière similaire dans le cadre de ses décisions. L'inégalité de traitement a été causée par le fait que le Tribunal administratif fédéral a annulé les chiffres correspondants au tarif des centrales électriques pour les centrales électriques qui ont déposé un recours.
- 65 La requérante allègue encore que le principe de la légalité pose des exigences particulièrement élevées s'agissant du droit des contributions publiques (act. 5, n. 39 et 45). La question de savoir s'il s'agit en l'espèce d'une contribution publique peut rester ouverte. L'argument de la requérante indique qu'elle part du principe que la décision du 6 mars 2009 contient une erreur matérielle grave. Or, il n'y a pas de telle erreur en l'espèce (cf. n. 51). En droit des contributions publiques, l'inobservation du principe de la légalité n'entraîne en principe que l'annulabilité de l'acte administratif concerné (ATF 98 Ia 568, cons. 5b, p. 574). Il y a lieu, en particulier, de constater que le Tribunal administratif fédéral n'a annulé les chiffres du dispositif qui sont basés sur l'article 31b OApEI que pour le recourante. Il n'a pas considéré ces chiffres comme nuls.
- 66 La requérante argumente finalement que la charge financière massive la restreint dans sa liberté économique (art. 27 Cst) et qu'une telle restriction ne peut être admise que si elle est fondée sur une base légale formelle et claire (act. 5, n. 40). Si la liberté économique était réellement atteinte en l'espèce – la question peut rester ouverte à ce stade – et s'il n'y avait pas de base légale suffisante pour une telle atteinte, cela conduirait à l'annulabilité de la décision d'origine. Or, la requérante n'a pas recouru contre les décisions des 6 mars 2009 et 4 mars 2010.
- 67 En résumé, la requérante ne fait valoir aucun intérêt de nature à primer les intérêts à la sécurité juridique et à la protection de la confiance – et donc l'intérêt au maintien de la décision.

5.3 Conclusion

- 68 Sur la base des considérants qui précèdent, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur la demande de reconsidération de la requérante.

6 Acomptes

- 69 La requérante allègue que les montants prélevés pour les services-système constituent des acomptes, qui se basent sur une estimation provisoire, qu'un décompte définitif et susceptible de contestation n'a jamais été établi et qu'il n'existe aucune base légale pour ces versements (act. 1, n. 47ss et act. 5, n. 27ss). Selon la requérante, les montants pour les services-système ont été versés sur une base exclusivement provisoire et une décision de principe sur l'obligation de payer, respectivement sur l'étendue définitive d'une telle obligation n'est pas donnée par les décisions de l'EiCom. La recourante estime qu'une voie de droit doit lui être ouverte afin que la contribution définitive au titre de coûts SDL généraux puisse être contrôlée par la justice (act. 5., n. 30 et 32).



- 70 Selon le chiffre 2 de la décision du 6 mars 2009 et le chiffre 4 de la décision du 4 mars 2010, un montant de 0.40 ct/kWh est mis à la charge des gestionnaires de réseau et des consommateurs finaux raccordés directement au réseau de transport en proportion de l'énergie électrique soutirée. Les coûts restants ne doivent pas facturés aux consommateurs finaux. Le taux de facturation des acomptes des services-système pour les centrales électriques d'une puissance supérieure ou égale à 50 MW a été fixé à 0.45 pour l'année 2009 et à 0.42 pour l'année 2010. Les paiements seront remboursés ou facturés en plus à la requérante ultérieurement, sur la base des coûts effectifs des services-systèmes approuvés par l'EiCom. Ce décompte peut également avoir lieu en cours d'année, selon l'énoncé du dispositif de la décision (chiffre 3 de la décision du 6 mars 2009 et chiffre 5 de la décision du 4 mars 2010). En exécution de la décision de l'EiCom du 6 mars 2009, swissgrid SA a donc adapté en cours d'année le taux de facturation, en fonction des coûts prévisionnels des services-système à attendre pour l'année 2009. Le décompte définitif aura lieu après approbation des coûts des services-système 2009 par l'EiCom.
- 71 L'EiCom a ouvert une procédure (925-09-004) dans le but d'approuver les coûts totaux des services-système 2009. Une décision datée du 14 avril 2011 a mis un terme à cette procédure (décision disponible sous www.elcom.admin.ch < Documentation < Décisions). La requérante était également partie à cette procédure. Elle dispose donc d'un moyen de droit contre cette décision. L'objet de cette procédure n'était pas la mise à la charge des exploitants de centrales électriques d'une puissance supérieure ou égale à 50 MW des coûts des services-système, mais bien l'approbation du montant total des coûts des services-système.
- 72 Par conséquent, le principe même de la mise à la charge des coûts des services-système généraux est entré en force, pour la requérante, dans les décisions des 6 mars 2009 et 4 mars 2010. Les modalités de la mise à la charge de tous les coûts supplémentaires ont également été fixées de manière définitive pour la requérante à ce moment-là. La décision du 14 avril 2011 ne modifie pas l'obligation de payer de la requérante, mais règle uniquement l'approbation du montant total des coûts effectifs des services-système.

7 Promesses

- 73 La requérante se réfère au principe de la protection de la confiance (art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999; RS 101; act. 1, n. 52ss et act. 5, n. 52ss). Elle se réfère plus précisément à la déclaration de swissgrid SA dans un courrier du 19 juin 2009 (act. 1, pièce 6), par laquelle swissgrid lui aurait garanti de lui rembourser tous les acomptes de services-système prélevés, augmentés d'un intérêt adéquat, si le montant ou l'application de l'article 31b OApEI devaient être déclarés contraires au droit dans une décision avec force obligatoire rendue contre swissgrid (act. 1, n. 57).
- 74 La requérante allègue également, dans son mémoire complémentaire, qu'elle a adressé au Secrétariat technique de l'EiCom une réclamation contre les factures d'acomptes supplémentaires émises par swissgrid en 2009. Le Secrétariat technique aurait dû lui dire, à ce moment-là, qu'il ne considérerait pas les factures de swissgrid comme des décisions de droit administratif et que la procédure devant le Tribunal administratif fédéral ne concernait que les recourants qui avaient contestés les décisions de l'EiCom en matière de tarif des centrales électriques. Au vu des informations que la requérante a obtenu du Secrétariat technique, elle était convaincue que la décision du Tribunal administratif fédéral concernant la légalité de l'article 31b OApEI allait avoir des conséquences identiques pour l'ensemble des exploitants de centrales d'au moins 50 MW. Sur cette base-là, la requérante a payé les acomptes supplémentaires à swissgrid (act. 5, n. 21ss).



- 75 Le principe de la protection de la confiance en tant que droit constitutionnel découle de l'article 9 Cst. Les privés doivent pouvoir faire confiance aux agissements des autorités. A certaines conditions, les privés peuvent ainsi se fier aux renseignements et promesses donnés par les autorités qui se sont avérés incorrects, de la même manière que s'ils avaient été corrects (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berne 2009, § 22 n. 15).
- 76 Il faut d'abord se poser la question de savoir si les déclarations de swissgrid SA constituent une promesse de remboursement dans le cas d'espèce. Le courrier de swissgrid mentionne une décision entrée en force à l'encontre de swissgrid („in einem rechtskräftigen Entscheid gegenüber swissgrid“). Les décisions des 6 mars 2009 et 4 mars 2010 sont entrées en force pour la requérante. Sont également entrés en force les chiffres correspondants de ces décisions qui fixent le tarif des centrales électriques en application de l'article 31b OApEI. Il n'existe par conséquent pas de décision non entrée en force pour la requérante qui établirait que l'application de l'article 31b OApEI n'est pas conforme au droit. La formulation générale de swissgrid SA résulte probablement plutôt du fait que celle-ci n'a été impliquée en tant qu'intimée dans les procédures de recours pendantes que par décision incidente du 19 février 2010. Swissgrid SA ne savait donc qu'à partir de cette date quelles centrales électriques avaient concrètement recouru contre le tarif des centrales électriques (cf. décision incidente du 19 février 2010, A-2607/2009).
- 77 Pour pouvoir invoquer l'article 9 Cst, il doit s'agir, en plus, d'une promesse émanant d'une autorité. Au niveau fédéral, des organisations indépendantes de l'administration fédérale peuvent être considérées comme des autorités si elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération (art. 1 al. 2 let. e PA).
- 78 La requérante allègue que la sécurité de l'approvisionnement présente un intérêt public, dont la réalisation a été déléguée à swissgrid par le législateur (act. 1, n. 56 et act. 5, n. 55). L'article 20 alinéa 2 LApEI attribue certaines tâches à swissgrid. Une simple obligation légale adressée à des privés ne constituent pas en soi une tâche étatique. Au contraire, il n'existe une tâche étatique que si l'exécution de cette tâche revient en priorité à l'Etat mais que l'Etat ne la réalise pas et la transfère à des privés (PHILIPP HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Berne 2005, p. 79 s.). Tel n'est pas le cas en l'espèce. Ni la Constitution ni la loi ne prévoient que l'Etat doit se charger de l'approvisionnement en énergie du pays. Au contraire, l'article 4 alinéa 2 de la loi sur l'énergie du 26 juin 1998 (LEne ; RS 730.0) prévoit que l'approvisionnement énergétique relève des entreprises de la branche énergétique. Par conséquent, en exploitant le réseau de transport, swissgrid SA ne remplit pas une tâche de droit public qui lui aurait été transférée par la Confédération. Le simple fait d'agir dans l'intérêt public ne constitue pas une tâche de droit public. Swissgrid SA n'est dès lors pas une autorité et ne peut donc pas fournir de promesse émanant d'une autorité concernant le remboursement du tarif des centrales électriques (cf. ég. ci-dessus n. 28).
- 79 Concernant les promesses faites par le Secrétariat technique et alléguées par la requérante, il faut se référer à la teneur du courrier du 18 juin 2009 adressé à la requérante (act. 5, pièce 13). La requérante demandait l'annulation des factures d'acomptes supplémentaires. Le Secrétariat technique lui a exposé que le tarif de 0,45 ct/kWh fixé dans la décision du 6 mars 2009 avait été établi sur la base d'un budget, l'article 31b alinéa 2 OApEI ne prévoyant d'ailleurs pas de plafond au tarif facturé aux exploitants de centrales électriques. Le Secrétariat technique de l'EICom a également informé la requérante qu'une procédure d'approbation des coûts des services-système allait être ouverte. Entretemps, la requérante a eu l'occasion de participer à la procédure d'approbation des coûts des services-système (925-09-004) qui a débouché sur une décision du 14 avril 2011 de l'EICom (disponible sous www.elcom.admin.ch < Documentation < Décisions). Une voie de droit est ouverte pour la requérante contre cette décision. Dans son courrier du 18 juin 2009 (act. 5, pièce 13), le Secrétariat techni-



que affirme que l'article 31b alinéa 2 OApEI est une base légale suffisante, à ses yeux, pour facturer le tarif aux centrales électriques et indique que cette question est pendante devant le Tribunal administratif fédéral. A ce moment-là, le délai de recours contre la décision du 6 mars 2009 était déjà écoulé. Il ne ressort pas du courrier du 18 juin 2009 en quoi le Secrétariat technique de l'ECom aurait donné à la requérante une promesse de se voir rembourser le tarif facturé aux centrales électriques si le Tribunal administratif fédéral arrivait à la conclusion que l'article 31b alinéa 2 OApEI ne devait pas être conforme à la loi ou à la constitution.

8 Contrat de droit administratif

- 80 La requérante considère qu'il faut partir du principe qu'un contrat de nature administrative liant a été conclu entre swissgrid et elle-même. Elle allègue qu'il subsiste peu de doutes sur le fait que des manifestations de volonté concordantes existent et que swissgrid était contractuellement liée au plus tard avec sa promesse de remboursement formulée dans le courrier du 19 juin 2009 (act. 5, n. 61ss et act. 1, pièce 6).
- 81 Swissgrid SA a déclaré, dans son courrier du 19 juin 2009, que si une décision entrée en force rendue à l'encontre de swissgrid constate que l'application de l'article 31b OApEI est contraire au droit, tous les acomptes de services-système prélevés, augmentés d'un intérêt adéquat, seront remboursés (act. 1, n. 57 et pièce 6). Comme la requérante n'a pas recouru contre les décisions de l'ECom des 6 mars 2009 et 4 mars 2010, il n'y pas de jugement entré en force émanant d'un tribunal. La décision de l'ECom est au contraire entrée en force pour la requérante.
- 82 Le contrat de droit administratif est un accord qui se base sur des déclarations de volontés concordantes et qui règle un rapport de droit administratif concret. Pour déterminer si un contrat de droit administratif a été conclu, la nature juridique des parties au contrat n'est en principe pas essentielle. La participation d'une collectivité publique à un contrat ne signifie pas qu'il s'agit automatiquement d'un contrat de droit administratif ; à l'inverse, un contrat entre privés peut être considéré comme un contrat de droit administratif, si un partenaire au contrat agit dans l'accomplissement d'une tâche de droit public qui lui a été confiée (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berne 2009, § 33 n. 2 et n. 14).
- 83 En l'espèce, il ne s'agit pas d'un contrat de droit administratif. Swissgrid SA n'agit pas dans le cadre d'une tâche de droit public qui lui a été confiée (cf. n. 78) et ne peut donc pas conclure de contrat de droit administratif. En facturant le tarif des centrales électriques, swissgrid SA exécute plutôt une décision entrée en force pour la requérante. Une telle obligation qui résulte d'une décision entrée en force ne peut, en soi, pas être modifiée par un contrat de droit administratif.

9 Contrat de droit privé

- 84 Finalement, la requérante allègue que, si l'ECom arrive à la conclusion qu'elle ne peut pas se prévaloir de la protection de la confiance suscitée et qu'il n'existe pas non plus de contrat de droit administratif pour le remboursement des acomptes SDL, il faut reconnaître l'existence d'un contrat liant de droit privé, fondé sur le même accord des volontés (act. 5, n. 64). Indépendamment du fait de savoir si un tel contrat a été conclu, il faut considérer à nouveau que la requérante a l'obligation de s'acquitter du tarif des centrales électriques sur la base des décisions entrées en force pour elle. Cette obligation de droit public ne peut pas être écartée par la requérante par un contrat de droit privé.



- 85 La requérante allègue également, dans ce cadre-là, que swissgrid doit se conformer aux obligations qu'elle a contractées et que le non paiement de ses dettes contreviendrait par conséquent au but de la réglementation sur l'électricité selon l'article 1 LApEI (act. 5, n. 66 et 67). L'article 1 alinéa 1 LApEI définit que la loi a pour objectif de créer les conditions propres à assurer un approvisionnement en électricité sûr ainsi qu'un marché de l'électricité axé sur la concurrence. Il a été exposé ci-dessus que l'obligation de s'acquitter du tarif des centrales électriques découle de l'article 31b OApEI ainsi que des décisions de l'ElCom des 6 mars 2009 et 4 mars 2010 qui sont entrées en force pour la requérante faute de recours auprès du Tribunal administratif fédéral. Par conséquent, cette obligation ne peut pas être écartée par un contrat, qu'il soit de droit administratif liant ou de droit privé. Même si swissgrid s'était engagée contractuellement à rembourser le tarif des centrales électriques à la requérante, le lien avec les buts de la LApEI ne paraît pas clairement établi. En effet, il n'est pas suffisamment démontré en quoi la sécurité de l'approvisionnement ou la concurrence seraient menacées.

10 Emoluments

- 86 Pour ses décisions dans les domaines de l'approvisionnement en électricité, l'ElCom prélève des émoluments (art. 21 al. 5 LApEI, art. 13a de l'Ordonnance sur les émoluments et les taxes de surveillance dans le domaine de l'énergie du 22 novembre 2006 [Oémol-En ; RS 730.05]). Ces émoluments sont calculés en fonction du temps consacré au dossier et varient suivant la classe de fonction du personnel exécutant de CHF 75.- à 250.- l'heure (art. 3 Oémol-En).
- 87 Pour la présente décision, l'émolument se calcule de la façon suivante : [...] heures de travail facturées au tarif de CHF [...] /heure (représentant un total de CHF [...]), [...] heures de travail facturées au tarif de CHF [...] /heure (représentant un total de CHF [...]) et [...] heures de travail facturées au tarif de CHF [...] /heure (représentant un total de CHF [...]). Au total, l'émolument s'élève à CHF [...].
- 88 Celui qui provoque une décision est tenu de payer l'émolument (art. 1 al. 3 Oémol-En en lien avec l'art. 2 al. 1 de l'Ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004 [OGEmol ; RS 172.041.1]). En l'espèce, la requérante a provoqué la présente décision par sa demande. Par conséquent, l'émolument de la présente procédure est mis à la charge de la requérante.



III Dispositif

Sur la base de ces considérants, l'ElCom prononce:

1. Les conclusions de procédure de la requérante sont rejetées, dans la mesure où elles ne sont pas sans objet.
2. Les conclusions de la requérante sont rejetées, dans la mesure où il est entré en matière.
3. Il n'est pas entré en matière sur la demande de reconsidération.
4. L'émolument pour la présente procédure s'élève à CHF [...]. Il est mis à la charge de la requérante. La facture sera envoyée après l'entrée en force de la présente décision.
5. La présente décision est notifiée à la requérante par lettre recommandée.



Berne, le 12 mai 2011

Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Chef du Secrétariat technique de l'ElCom

Envoi:

À notifier par lettre recommandée à :

- [...]

Pour information:

- swissgrid AG, Regulierung, Dammstrasse 3, Postfach 22, 5070 Frick



IV Indication des voies de recours

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

- a) du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement ;
- b) du 15 juillet au 15 août inclusivement ;
- c) du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (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 alinéa 1 PA).