Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Décision confirmée par le TF par arrêt du 30.03.2017 (2C_961/2016)

Cour I
A-2421/2015

Arrêt du 31 août 2016

Composition

Jérôme Candrian (président du collège),
Christoph Bandli, Jürg Steiger, juges,
Déborah D'Aveni, greffière.

Parties

Services Industriels de Genève, SIG,
Chemin du Château-Bloch 2, 1219 Le Lignon,
Adresse postale : SIG Service Clients,
Case postale 2777, 1211 Genève 2,
recourante,

contre

Office fédéral de l'énergie OFEN,
3003 Bern,
autorité inférieure.

Objet

Remboursement du supplément fédéral au sens de l'article 15*b*^{bis} LEne (Unité d'affaires Eaux usées et Unité d'affaires Eau potable) pour l'année 2014.

Faits :

A.
En date du 27 juin 2014, l'Unité d'affaires Eaux usées et l'Unité d'affaires Eau potable (les requérantes ou les unités requérantes) des Services industriels de Genève (SIG) – entreprise de droit public dont le but est de fournir, dans le canton de Genève, l'eau, le gaz, l'électricité, de l'énergie thermique, ainsi que de traiter des déchets, d'évacuer et de traiter les eaux polluées dans le cadre fixé par la loi, de développer des activités dans des domaines liés à ce but, d'exercer ses activités à l'extérieur du canton et de fournir des prestations et des services en matière de télécommunication – ont, chacune séparément, déposé devant l'Office fédéral de l'énergie (OFEN) une demande de remboursement du supplément sur les coûts de transport des réseaux à haute tension concernant l'exercice 2013 dans les délais impartis par la loi. A la même date, chacune des deux unités requérantes a également déposé à temps devant l'OFEN une déclaration d'engagement, par laquelle elles indiquaient leur intention de demander le remboursement du supplément visé à l'art. 15*b*^{bis} de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (LEne, RS 730.0) pour l'année 2014 et s'engageaient vis-à-vis de l'OFEN à transmettre une proposition de convention d'objectifs à conclure avec la Confédération, jusqu'au 31 décembre 2014 au plus tard.

B.
Par deux décisions séparées du 28 janvier 2015, l'OFEN a rejeté les demandes des requérantes concernant le remboursement du supplément sur les coûts de transport pour l'exercice 2013. Pour chacune des demandes, il a également constaté, s'agissant de la déclaration d'engagement, que les requérantes n'avaient aucun droit au remboursement du supplément pour l'exercice 2014.

Pour l'essentiel, l'OFEN a retenu qu'en raison de leur activité locale, les requérantes n'étaient pas en concurrence avec des entreprises internationales et qu'elles n'étaient ainsi pas désavantagées par rapport à un éventuel fournisseur en raison du supplément. Un remboursement irait en outre à l'encontre du sens et du but de la loi si les consommateurs finaux, exécutant une tâche de droit public financée par des taxes, pouvaient se voir rembourser le supplément sur les coûts de transport des réseaux à haute tension. A son sens, le remboursement ne doit pas permettre de cofinancer de telles tâches, mais a pour objectif de décharger les consommateurs finaux effectivement exposés à la concurrence internationale sur le plan économique. L'OFEN a aussi souligné que le montant de l'éventuel remboursement dépendait du rapport entre les coûts d'électricité et la

valeur ajoutée brute, lesquels devaient être établis sur la base de comptes individuels du consommateur final, voire d'après les comptes consolidés dans des cas particuliers. Or, au vu de la structure globale des SIG, il y a lieu de considérer que les deux valeurs déterminantes doivent être établies d'après les comptes de l'ensemble des SIG, et non pas sur le base des comptes individuels des unités requérantes. Partant, il a retenu qu'il n'était pas nécessaire de répondre à la question de savoir si les requérantes satisfaisaient aux différentes exigences au remboursement pour les exercices 2013 et 2014, compte tenu de l'absence de droit au remboursement.

C.

C.a Par mémoires distincts du 3 mars 2015, les SIG (ci-après : la recourante) ont interjeté recours contre les décisions du 28 janvier 2015 de l'OFEN (ci-après : l'autorité inférieure), en concluant à leur annulation et au constat : que le critère de compétitivité internationale n'est pas un critère relevant au titre de l'art. 15*b*^{bis} LEne et de l'art. 3*o*^{quater} de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (OEne, RS 730.01) ; que la valeur brute et les coûts d'électricité ne doivent pas être établis d'après les comptes de l'ensemble des SIG, mais sur la base des comptes individuels de l'Unité Eaux usées, respectivement de l'Unité Eau potable ; que les unités requérantes remplissent toutes deux les conditions prévues à l'art. 15*b*^{bis} al. 1 LEne pour bénéficier d'un remboursement partiel du supplément fédéral pour la période 2014 ; enfin, en concluant au prononcé de délais appropriés pour qu'ils déposent les deux projets de convention d'objectifs auprès de l'OFEN.

Pour l'essentiel, la recourante estime que la loi ne prévoit pas la condition de compétitivité internationale et que, la disposition y afférente étant claire, elle ne peut donner lieu à interprétation. Concernant la manière d'établir la valeur ajoutée brute et les coûts d'électricité, la recourante expose que tant l'Unité Eaux usées que l'Unité Eau potable respectent l'exigence de l'art. 3*o*^{quater} OEne, puisqu'elles disposent toutes deux de comptes de résultat et de bilans comptablement séparés, en cohérence avec les états financiers de l'entreprise établis selon les normes IFRS (*International Financial Reporting Standards* ; en fr. : normes internationales d'information financière), et contrôlés par un organe de révision, qui sont d'ailleurs considérés pour eux-mêmes par le Surveillant des prix ou la Cour des comptes. Il ne fait au surplus aucun doute que ces deux unités sont des unités d'organisation économique indépendantes, soit deux consommateurs finaux.

C.b Les mémoires de recours, adressés initialement à la Commission fédérale de l'électricité ElCom, ont été transmis par cette dernière, avec copie du dossier en sa possession, au Tribunal de céans, pour traitement des prétentions relatives à l'année 2014. Les deux mémoires ont été référencés sous les numéros de rôle A-2421/2015 (Unité Eaux usées) et A-2422/2015 (Unité Eau potable). Suite aux indications de la recourante selon lesquelles elle ne contestait pas la décision du 28 janvier 2015 en ce qu'elle concernait l'exercice 2013, mais uniquement l'année 2014, l'ElCom a clos la procédure ouverte devant elle quant au premier exercice et a requis du Tribunal qu'il l'informe de l'issue de la cause concernant l'exercice 2014, pour des raisons d'unité de pratique.

D.
Par réponses du 3 juillet 2015 de teneur identique, l'autorité inférieure a conclu au rejet des recours.

Pour l'essentiel, elle considère que les moyens d'interprétation commandent de restreindre la notion de consommateur final de l'art. 15*b*^{bis} LEne aux grands consommateurs qui sont en concurrence avec des fournisseurs étrangers et dont la compétitivité pourrait être au moins potentiellement entravée par le supplément. La recourante, en tant qu'entreprise publique tenue de fournir des prestations liées géographiquement et qui ne peut délocaliser à l'étranger, n'a donc pas droit à obtenir le remboursement. La demande doit, à son sens, également être rejetée au motif qu'elle ne se fonde pas sur des données représentatives pour l'organisation dans son ensemble, mais uniquement sur deux secteurs d'activité grands consommateurs d'électricité. D'ailleurs, une prise en compte séparée des différentes unités d'une entreprise est susceptible, de l'avis de l'autorité inférieure, de venir perturber la sécurité du droit.

E.
Par répliques du 30 juillet 2015, la recourante a maintenu son argumentation et renvoyé aux conclusions formées dans ses recours.

En résumé, elle rappelle contester l'interprétation de l'autorité inférieure quant à la prise en compte du critère de la compétitivité internationale, dont le texte de loi clair ne fait aucune mention. S'agissant de l'absence de preuve juridiquement satisfaisante de l'intensité électrique qui lui est reprochée, la recourante soutient que c'est sans base légale et de manière arbitraire et disproportionnée que l'autorité inférieure retient qu'il faut se baser sur les données financières de l'entité dans son ensemble pour son calcul.

F.
Par dupliques du 27 août 2015, l'autorité inférieure a maintenu conclure au rejet du recours et a persisté dans son argumentation. Elle rappelle, s'agissant de la base de données utilisée pour calculer l'intensité, que celles de la recourante ne satisfont pas aux critères des comptes individuels établis et contrôlés selon les normes IFRS.

G.
En date du 23 septembre 2015, la recourante a déposé de brèves observations finales, tout en relevant que les répliques de l'autorité inférieure ne contenaient pas d'élément nouveau.

H.
Par écriture spontanée du 28 octobre 2015, l'autorité inférieure a en particulier précisé en quoi il ressort de la systématique légale de la LEne, en rapport avec la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl, RS 734.7), que le consommateur final correspond à une organisation considérée dans son ensemble, et non à un lieu d'activité pris isolément.

I.
I.a Par arrêt du 17 novembre 2015 dans la cause A-5557/2015, le Tribunal administratif fédéral a retenu que l'existence d'un désavantage concurrentiel ne faisait pas partie des conditions d'application actuellement en vigueur de l'art. 15*b*^{bis} LEne.

I.b Invitée notamment à prendre position sur la jurisprudence susmentionnée et à spécifier les raisons qui l'ont amenée à rendre deux décisions distinctes, l'autorité inférieure a indiqué, par écritures identiques du 17 décembre 2015, qu'elle n'avait pas contesté l'arrêt A-5557/2015 précité et que, partant, elle ne maintenait pas l'argumentation développée dans les décisions du 28 janvier 2015 et ses écritures (réponses et dupliques) des 3 juillet et 27 août 2015. Quant au prononcé de deux décisions distinctes, il résulte uniquement de l'enregistrement et du traitement séparé de chacune des deux demandes.

J.
Dans ses déterminations du 22 janvier 2016, la recourante a pour l'essentiel persisté dans son argumentation. Elle a en particulier souligné que la problématique tranchée dans l'arrêt A-5557/2015 était la même que celle soulevée dans son cas et que, par souci du principe de l'égalité de traitement, le résultat de la présente cause devrait être identique à l'affaire déjà

jugée par le Tribunal. A cet égard, la recourante retient en particulier que l'Unité Eaux usées est un consommateur final au même titre que X._____ AG, en ce qu'ils exercent les mêmes tâches, et qu'il serait partant abusif de refuser tout remboursement à cette unité du fait qu'elle n'a pas de structure juridique propre.

K.
Par ordonnance du 11 février 2016, le Tribunal a joint les causes A-2421/2015 et A-2422/2015, dans la mesure où, bien que dirigées contre des décisions séparées, elles reposent sur le même état de fait, concernent les mêmes parties et soulèvent des griefs identiques. Il a dit que les deux causes porteraient désormais le seul numéro A-2421/2015 et a signalé aux parties que la cause était gardée à juger.

L.
Les autres faits et arguments pertinents des parties seront repris en tant que besoin dans les considérants en droit du présent arrêt.

Droit :

1.
La procédure de recours est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (art. 7 PA), ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

1.1 D'après l'art. 31 LTAF, le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA rendues par une autorité précédente au sens de l'art. 33 LTAF. En l'espèce, l'OFEN – autorité compétente pour statuer sur les demandes relatives au remboursement du supplément fédéral au sens de l'art. 15*b*^{bis} LEne pour les exercices 2014 et suivants (cf. arrêts du Tribunal administratif A-651/2016 du 24 mai 2016 consid. 1.2, A-5557/2015 du 17 novembre 2015) – est une autorité précédente au sens de l'art. 33 let. d LTAF. Le prononcé attaqué satisfait en outre aux conditions qui prévalent à la reconnaissance d'une décision administrative fédérale et aucune exception de l'art. 32 LTAF n'est réalisée.

1.2
1.2.1 La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure et, en tant que destinataire de la décision attaquée qui la déboute puisque rejetant sa demande de constatation d'un droit au remboursement, elle est

particulièrement atteinte et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (art. 48 al. 1 PA). Elle a donc en principe la qualité pour recourir.

1.2.2 Au pied de son recours, la recourante conclut, au préalable, à l'annulation de la décision constatatoire attaquée. En tant qu'il s'agit d'une conclusion en réforme, celle-ci est sans autre recevable. Elle requiert, toutefois, aussi qu'il soit constaté que les requérantes disposent, sur le principe, d'un droit au remboursement du supplément fédéral sur les coûts de transport des réseaux à haute tension.

1.2.2.1 En principe, l'objet d'une demande en justice ne peut porter que sur des questions juridiques actuelles dont les conséquences touchent concrètement le justiciable. Il est cependant admis qu'une autorité puisse rendre une décision en constatation si le requérant a un intérêt digne de protection à la constatation immédiate d'un rapport de droit litigieux (art. 25 al. 2 PA en corrélation avec l'art. 5 al. 1 let. b PA). Selon la jurisprudence, un tel intérêt n'existe que lorsque le requérant a un intérêt actuel, de droit ou de fait, à la constatation immédiate d'un droit, sans que s'y opposent de notables intérêts publics ou privés, et à condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits et d'obligations (ATF 142 V 2 consid. 1.1, ATF 132 V 257 consid. 1 et réf. cit.). Le juge retiendra un intérêt pour agir lorsqu'une incertitude plane sur les relations juridiques des parties et qu'une constatation judiciaire sur l'existence de l'objet du rapport pourrait l'éliminer. Une incertitude quelconque ne suffit cependant pas. Il faut bien plus qu'en se prolongeant, elle empêche le demandeur de prendre ses décisions et qu'elle lui soit, de ce fait, insupportable (ATF 142 V 2 consid. 1.1, ATF 122 III 279 consid. 3a).

1.2.2.2 Par courriers du 1er octobre 2014, l'autorité inférieure a signifié aux requérantes qu'elle n'était pas en mesure de donner une suite favorable à leurs demandes de remboursement partiel du supplément pour l'exercice 2013, pas plus qu'à leur engagement concernant l'exercice 2014, et leur a signalé qu'elles disposaient de la possibilité de demander le prononcé d'une décision sujette à recours. Les requérantes ayant agi en ce sens, l'autorité inférieure a rendu deux décisions distinctes, par lesquelles elle a rejeté la demande concernant l'exercice 2013 et constaté l'absence de droit au remboursement s'agissant de l'exercice 2014, seul point attaqué des décisions du 28 janvier 2015 dans la présente cause (cf. Faits C.b et K.). Il apparaît que – comme l'autorité inférieure l'a d'ailleurs reconnu – il

est opportun de déterminer, à titre préalable, si les requérantes bénéficient ou non d'un droit au remboursement sur le principe, sans qu'il soit nécessaire qu'une convention d'objectifs ait déjà été convenue ou conclue au sens de l'art. 15*b*^{bis} al. 2 à 7 LEne. En effet, une décision en constatation permet ici un gain de temps considérable, en ce qu'elle évite une procédure qui pourrait s'avérer inutile, à défaut de tout potentiel droit au remboursement. De même, une telle décision donne des indications quant à un droit futur au remboursement des requérantes.

Partant, il y a lieu de reconnaître à la recourante un intérêt digne de protection à sa demande de constatation au sens de l'art. 25 al. 2 PA.

1.3 Présenté dans le délai (art. 50 al. 1 PA) et les formes (art. 52 al. 1 PA) prescrits par la loi, le recours s'avère en principe recevable. Il convient donc d'entrer en matière.

1.4

1.4.1 En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal administratif fédéral dispose, en principe, d'une pleine cognition et revoit librement l'application du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et l'opportunité de la décision attaquée (art. 49 PA).

1.4.2 Le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (art. 13 PA). Il applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2ème éd., Bâle 2013, n. 2.156). Il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 135 I 91 consid. 2.1; ATAF 2014/24 consid. 2.2 p. 348 s. et réf. cit.).

1.5

1.5.1 L'objet du litige est défini par le contenu de la décision attaquée – plus particulièrement son dispositif –, en tant qu'il est effectivement contesté par le recourant. Il est donc fixé par les conclusions du recours, qui doivent rester dans le cadre de l'acte attaqué (ATF 136 II 457 consid. 4.2, ATF 136 II 165 consid. 5, ATF 133 II 35 consid. 2; parmi d'autres: arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2039/2014 du 15 septembre 2014

consid. 3 et réf. cit.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. 2.7 ss; JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédéral, Bâle 2013, n. 182 p. 108).

1.5.2 En l'espèce, comme déjà évoqué, les recours interjetés ne portent que sur les décisions du 28 janvier 2015 en ce qu'elles ont trait à l'exercice 2014. Par ailleurs, interrogée en cours de procédure sur l'effet de l'arrêt du Tribunal de céans A-5557/2015 précité sur la présente cause, l'autorité inférieure a déclaré accepter la récente jurisprudence et renoncer à la partie de son argumentation subordonnant le remboursement du supplément à l'exigence d'une entrave à la compétitivité internationale du requérant. Elle a donc déclaré se laisser imputer le raisonnement du Tribunal sur ce point. Contrairement à ce que la recourante prétend, cette circonstance ne permet pas encore de retenir que, sur le principe, l'Unité Eaux usées et l'Unité Eau potable bénéficient d'un droit au remboursement du supplément et qu'elles doivent se voir appliquer un traitement analogue à celui accordé à X._____ AG (société anonyme de droit public) dans l'affaire A-5557/2015, pas davantage que celui accordé à Y._____ (établissement autonome de droit public jouissant de la personnalité juridique ; cf. décision de l'ElCom du 17 décembre 2015). Pour cause, le renoncement par l'autorité inférieure à une partie de son argumentation n'a pas pour conséquence de faire perdre au recours son objet. Celle-ci a, en effet, toujours soutenu que les unités requérantes n'étaient pas des consommateurs finaux au sens de la législation pertinente, puisque seuls les SIG l'étaient, et que cette circonstance empêchait également tout remboursement.

En définitive, le présent litige pose la question de savoir si c'est à bon droit que l'autorité inférieure a constaté que l'Unité Eaux usées et l'Unité Eau potable ne bénéficient pas d'un droit au remboursement du supplément sur les coûts de transport des réseaux à haute tension, au motif qu'elles ne revêtent pas la qualité de *consommateur final* au sens de l'art. 15*b*^{bis} LEne.

1.5.3 Enfin, le Tribunal n'intervenant qu'à l'égard d'une décision en constatation, il sied de rappeler qu'il n'a vocation à se prononcer que sur le principe d'un droit au remboursement des requérantes, et non sur la question de savoir si, dans le cas particulier, ces dernières doivent se voir rembourser le supplément ou sur le montant de celui-ci. Pour cette raison, la conclusion n° 4 de la recourante, consistant à constater que les conditions prévues à l'art. 15*b*^{bis} al. 1 LEne sont réalisées, doit être déclarée irrecevable.

2.

2.1 Le réseau de transport – lequel sert en particulier au transport d'électricité sur de grandes distances à l'intérieur du pays (art. 4 al. 1 let. h LApEl) – est exploité par la société nationale de réseau de transport Swissgrid SA (cf. art. 18 LApEl). Dans le but de financer les coûts afférents à l'encouragement des énergies renouvelables ou à l'amélioration de l'efficacité énergétique, Swissgrid SA perçoit un supplément sur les coûts de transport des réseaux à haute tension, en vertu de l'art. 15*b* LEne (concernant cette notion, cf. art. 37 ss du projet de LEne figurant dans le Message du Conseil fédéral du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 et à l'initiative populaire fédérale « Pour une sortie programmée de l'énergie nucléaire [Initiative Sortir du nucléaire] », FF 2013 6771, spéc. 6898 ss). La société nationale peut reporter le supplément sur les gestionnaires de réseau situés en aval, qui peuvent eux-mêmes le reporter sur les consommateurs finaux (art. 15*b* al. 2 LEne).

2.2 Les consommateurs finaux dont les coûts d'électricité représentent au moins 10%, respectivement entre 5% et 10% de la valeur ajoutée brute produite obtiennent le remboursement intégral du supplément dont ils se sont acquittés, respectivement le remboursement partiel de celui-ci (art. 15*b*^{bis} LEne). Le remboursement n'est accordé que pour autant que, au plus tard dans l'année pour laquelle il demande le remboursement, le consommateur final se soit engagé à prendre des mesures d'utilisation économe et rationnelle de l'énergie, par le biais d'une convention d'objectifs (cf. art. 15*b*^{bis} al. 2 à 7 LEne et art. 3*m* ss OEne), et que le montant remboursé au cours de l'année considérée soit d'au moins 20'000 francs (art. 15*b*^{bis} al. 2 let. c LEne).

Afin d'éviter les cas de rigueur, il est prévu que les consommateurs finaux dont les coûts d'électricité représentent au moins 5% de la valeur ajoutée brute et dont la compétitivité est considérablement mise à mal se voient restituer 30% du supplément dont ils se sont acquittés (cf. art. 15*b*^{ter} LEne en relation avec art. 3*o*^{bis} al. 3 OEne).

2.3 Conformément à la compétence qui lui a expressément été déléguée (cf. art. 15*b*^{bis} al. 7 LEne), le Conseil fédéral a notamment fixé le délai dans lequel le remboursement doit être demandé et listé les documents et données que cette demande doit comporter (cf. art. 3*o*^{ter} OEne dans sa version au 1er avril 2014 [RO 2014 611]). L'art. 3*o*^{quater} OEne (dans sa version au 1er avril 2014 [RO 2014 611]) règle pour sa part ce que sont la valeur ajoutée brute et les coûts d'électricité. Ainsi, la valeur ajoutée brute est la plus-value conférée aux biens et aux services par les processus de

production et de prestations, sous déduction de toutes les prestations préalables. Les amortissements et les coûts de financement ne constituent pas des prestations préalables (al. 1). Les coûts d'électricité sont les coûts facturés aux consommateurs finaux pour l'utilisation du réseau, la fourniture de courant ainsi que pour les redevances et les prestations fournies aux collectivités publiques, sans le supplément et sans la taxe sur la valeur ajoutée (al. 2). Ces deux valeurs doivent être établies sur la base des comptes individuels du dernier exercice plein. Lorsque plusieurs sociétés suisses ou plusieurs filiales de sociétés étrangères constituent une unité économique et qu'elles disposent de comptes consolidés limités à la Suisse, la valeur ajoutée brute et les coûts d'électricité sont établis d'après les comptes consolidés du dernier exercice (al. 3). L'alinéa 4 spécifie dans le respect de quelles règles comptables la valeur ajoutée brute doit être établie. Enfin, en dérogation des alinéas 3 et 4 évoqués, l'alinéa 5 prévoit que la valeur ajoutée brute peut être calculée différemment pour les entreprises ne répondant pas aux exigences de la révision ordinaire au sens de l'art. 727 al. 1 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220 ; al. 5).

3.

3.1 La position des parties quant à l'objet du recours, encore litigieux à ce stade de l'examen des griefs soulevés, se résume comme suit.

3.1.1 De l'avis de l'autorité inférieure, seuls les SIG est le consommateur final susceptible d'obtenir le remboursement du supplément au sens de l'art. 15*b*^{bis} LEne. Elle affirme que la notion de consommateur final recouvre l'ensemble d'une organisation et non pas les unités individuelles qui la composent. Cela est, à son sens, motivé par le fait que, si un seul élément d'entreprise peut être grand consommateur d'électricité, le désavantage concurrentiel résultant du paiement du supplément est toutefois négligeable si les autres unités opérationnelles sont moins gourmandes en électricité et compensent le désavantage concurrentiel, voire relativisent les coûts absolus d'électricité par leur part à la valeur ajoutée brute. La particularité selon laquelle, dans ce contexte, il est souvent question d'*entreprise* dans les documents pertinents du processus législatif constitue également un indice que, pour le législateur, l'intensité électrique est évaluée pour une organisation économique dans son ensemble (cf. Rapport de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national (CEATE-N) du 8 janvier 2013 sur l'initiative parlementaire « Libérer les investissements dans le renouvelable dans pénaliser les gros consommateurs [12.400], FF 2013 1527, spéc. 1534, 1540 et 1543).

L'autorité inférieure soutient que cette solution a aussi pour but et présente l'avantage de prévenir un éventuel abus de droit, puisque, autrement, le niveau de l'intensité électrique devant être établi dans le cadre de la demande de remboursement pourrait aisément être manipulé au moyen de mesures de réorganisation préalables, par exemple en concentrant des processus grands consommateurs d'électricité dans une unité opérationnelle donnée et en laissant d'autres frais généraux au niveau de l'ensemble de l'organisation. Pour le surplus, se rapportant à la structure de la LApEl et, plus particulièrement à son art. 11 al. 1, elle indique que, si le site de consommation – c'est-à-dire un lieu d'activité du consommateur final – est déterminant pour fixer le droit d'accès au réseau, la consommation annuelle d'un tel lieu n'est, en revanche, pas pertinente pour le remboursement du supplément, puisque seule la notion de consommateur final est utilisée dans ce cas-là. Enfin, l'autorité inférieure relève que la base de données utilisée par la recourante pour calculer son intensité électrique ne satisfait pas aux critères des comptes individuels établis et contrôlés selon les normes IFRS et considère que la pratique du Surveillant des prix ou de l'ElCom et, en particulier, le fait qu'ils se fonderaient sur les résultats de l'une ou l'autre des unités requérantes, n'est pas pertinente pour traiter de la problématique de l'espèce.

3.1.2 Pour sa part, la recourante retient qu'il n'est d'aucune manière justifié de se fonder uniquement sur la structure juridique d'une entreprise pour déterminer qui est le consommateur final et qu'une telle exigence ne résulte ni de la LEne ni de son ordonnance. L'art. 3*o*^{quater} al. 3 OEne n'exclut pas, à son sens, que les comptes à fournir puissent être ceux d'une activité ne disposant pas de structure juridique propre et, à aucun moment, il n'est mentionné que les comptes individuels requis sont ceux de l'ensemble d'une entreprise. Elle relève également un manque de cohérence de l'autorité inférieure en ce que celle-ci envoie annuellement à l'Unité Eaux usées le formulaire à remplir « Relevé fédéral de la Consommation finale d'énergie » et, ainsi, la considère pleinement comme consommateur final lorsqu'il s'agit de déterminer sa consommation totale d'électricité, mais non lorsque qu'il s'agit du remboursement du supplément. La recourante est enfin d'avis qu'il serait abusif de refuser aux unités requérantes le remboursement du supplément, mais de l'admettre pour X._____ AG, alors que les deux situations, en particulier quant aux impacts économiques liés à l'augmentation du supplément fédéral, sont identiques pour ces deux activités indépendamment de leur structure juridique, chacune imputant de la même manière les coûts d'électricité dans ses comptes respectifs. A cet

égard, la recourante maintient que, en tant que domaines d'activité distincts des SIG, l'Unité Eaux usées et l'Unité Eau potable disposent toutes deux d'un compte de résultat et d'un bilan séparé en cohérence avec les états financiers de l'entreprise établis selon les normes IFRS et contrôlés par un organe de révision. Les comptes individuels de ces unités sont en outre analysés et validés annuellement par les autorités cantonales (Grand Conseil genevois).

3.2 En l'espèce, la systématique légale suggère de déterminer d'abord ce qu'il faut comprendre par la notion de *consommateur final*, au sens de la loi sur l'énergie, et d'examiner si les deux unités requérantes peuvent être qualifiées comme telles.

3.2.1 Comme les parties le reconnaissent elles-mêmes, l'art. 15*b*^{bis} LEne, pas plus qu'une autre disposition de la LEne, ne définit ce qu'il faut comprendre par la notion de *consommateur final*. Se pose dès lors la question de savoir si le *consommateur final* correspond à une société, plus précisément à une entité (juridique) considérée dans son ensemble, comme l'autorité inférieure le soutient ; si, au contraire, cette notion se rapporte à une unité d'exploitation, ce qui a pour conséquence que, dans le cas où l'entité œuvre dans des domaines d'activité distincts, l'unité doit être considérée pour elle-même, c'est-à-dire indépendamment de l'entité juridique ; ou si cette notion est en réalité définie autrement encore. Cet examen au cas d'espèce n'entend préjuger, d'aucune manière qu'il soit, l'examen que le présent Tribunal pourrait être amené à faire en rapport avec la situation de l'administration publique au sens strict.

3.2.2 De jurisprudence constante, si le texte de la loi n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient, au service de la loi édictée, de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique ; cf. ATF 137 V 114 consid. 4.3.1, ATF 135 II 416 consid. 2.2, ATF 134 I 184 consid. 5.1 et réf. cit.). A cette fin, le Tribunal administratif fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme afin d'aboutir à une interprétation juridique consensuelle. Il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf. notamment ATF 138 IV 65 consid. 4.3.1 et réf. cit. ;

arrêt du Tribunal administratif fédéral A-971/2015 du 16 juin 2016 consid. 5.2).

3.2.3

3.2.3.1 L'ancien art. 15*b* LEne, adopté dans le cadre de l'édiction de la LApEl et entré en vigueur le 1er janvier 2009, a prévu pour la première fois, à son troisième alinéa, le prélèvement d'un supplément pour l'utilisation du réseau dans le but de financer des mesures d'efficacité énergétique et d'encourager le recours aux énergies renouvelables, ainsi que l'allègement des entreprises à forte consommation d'énergie (RO 2007 3425). Cette disposition n'a été proposée qu'au cours de la première consultation du Conseil des Etats – qui a traité le projet en second conseil – par une commission minoritaire. Il s'agissait originairement de l'art. 7*a* al. 4 (cf. BO 2006 E 877), qui, suite à un remaniement rédactionnel de la commission compétente, a finalement figuré à l'art. 15*b* al. 3 LEne (cf. BO 2007 E 56).

Si le texte de l'art. 7*a* al. 4 débattu se référait déjà à la notion de *consommateur final* sans que celle-ci ne soit explicitée, il transparaît des travaux préparatoires qu'il était clair pour la commission que les entreprises à forte consommation d'énergie de l'industrie sidérurgique, du papier, du verre, des fibres synthétiques, du textile, de l'aluminium, du ciment ou des tuiles et briques devaient partiellement ou totalement être libérées du paiement du supplément. D'autres entreprises plus petites étaient également signalées comme susceptibles de remplir les conditions de libération, telles les ateliers de galvanoplastie et de soudure, les fonderies ou les fromageries (cf. intervention Schmid-Sutter pour la commission, BO 2006 E 881). Il en allait de même pour les partisans des propositions minoritaires, qui retenaient que cette mesure d'allègement devait viser et soutenir l'industrie et les arts et métiers, c'est-à-dire les grosses entreprises, mais aussi les petites et moyennes entreprises fortes consommatrices d'énergie (cf. intervention Schweiger et David, BO 2006 E 882). Il s'agissait de la sorte de garder des places de travail dans ce secteur (cf. intervention Schweiger, BO 2006 E 882) et d'assurer ainsi la pérennité desdites entreprises.

3.2.3.2 Les art. 15*b*, 15*b*bis et 15*b*ter LEne, dans leur forme actuelle, sont entrés en vigueur au 1er avril 2014 et se fondent sur l'initiative parlementaire 12.400 « Libérer les investissements dans le renouvelable sans pénaliser les gros consommateurs d'électricité ».

Ni le Rapport de la CEATE-N du 8 janvier 2013 (FF 2013 1527), ni davantage l'avis du 27 février 2013 du Conseil fédéral (FF 2013 1725) –

qui s'est positionné positivement sur le rapport, en demandant, à titre de proposition, l'adoption du projet de modification de la LEne – n'exposent ce que les termes *consommateur final* et *entreprise* signifient. Comme chez leurs homologues sept ans plus tôt, la procédure de consultation ayant mené à l'adoption du projet de modification de loi permet de constater le souci des parlementaires quant à la pérennité des entreprises à forte consommation d'énergie (cf. intervention Theiler, BO 2013 E 375, qui cite trois sociétés à forte consommation d'énergie sises dans le canton de Lucerne ; intervention Bischof, BO 2013 E 377, qui mentionne les domaines d'activités d'entreprises grandes consommatrices d'énergie du canton de Soleure [industrie sidérurgique, du verre, du papier, industrie chimique et alimentaire]). Il est prévu que dorénavant l'allègement toucherait entre 300 et 600 entreprises, et non plus uniquement environ trente entreprises comme par le passé, ce qui est significatif pour l'emploi suisse (cf. intervention BR Leuthard, BO 2013 E 379).

3.2.3.3 S'il faut admettre que les travaux préparatoires relatifs à l'introduction de l'allègement des entreprises à grande consommation d'énergie ne définissent pas la notion de *consommateur final* ni celle d'*entreprise* (qui est synonyme de la première), les concepts généraux utilisés, tels qu'industrie, emploi, marché, pérennité ou PME, tout comme les exemples concrets de sociétés énoncés, semblent davantage se rapporter à une structure complète, plutôt qu'à une unité organisationnelle considérée pour elle-même. Cela ne saurait néanmoins constituer qu'un indice, dont la force reste faible et qui ne saurait à lui seul suffire pour convaincre du sens à donner à cette notion.

3.2.4 La notion de *consommateur final* n'est pas spécifique à la LEne. La LApEl – qui connaît également cette notion – la définit, à son art. 4 al. 1 let. b, comme le *client* achetant de l'électricité pour ses propres besoins, étant précisé que cette définition n'englobe ni l'électricité fournie aux centrales électriques pour leurs propres besoins, ni celle destinée à faire fonctionner les pompes des centrales de pompage. Le Tribunal a déjà eu l'occasion de se référer sans réserve à cette définition dans l'arrêt A-5557/2015 précité dans son considérant 3.1, qui retenait que la recourante demandant le remboursement du supplément revêtait cette qualité. Il semble ainsi que la notion de *consommateur final* figurant dans la législation sur l'énergie est la même que celle de la LApEl. Cela paraît d'autant plus vrai que le principe d'un supplément sur les coûts de transport des réseaux à haute tension avec possibilité de restitution partielle, dans sa forme la plus ancienne (cf. ancien art. 15*b* LEne [état au 1er janvier

2009] ; cf. consid. 3.2.3.1), avait été introduit suite à une modification du chiffre 2 de l'annexe à la LApEl (RO 2007 3425, 2008 45).

Si le seul terme *client* ne suffit clairement pas à établir si le *consommateur final* est la société, ici les SIG, ou l'unité de la société considérée pour elle-même sans égard à la structure juridique, ici l'Unité Eaux usées, respectivement l'Unité Eau potable, le sens donné à cette notion par le législateur transparaît des travaux préparatoires de la LApEl. Lors de la première consultation du Conseil des Etats (cf. BO 2006 E 822, spéc. 837), la commission a proposé une autre définition de l'ancien art. 4 al. 1 let. a^{bis} LApEl que celle arrêtée par le Conseil national, figurant aujourd'hui à l'art. 4 al. 1 let. b LApEl. Si le Conseil national avait défini le consommateur final omme « *natürliche oder juristische Person, die Elektriztät für den Eigenverbrauch bezieht »* (personne physique ou morale achetant de l'électricité pour ses propres besoins), le Conseil des Etats a préféré utiliser le mot « *Kunden* » (*clients* dans la version française), considérant qu'il y avait d'autres acheteurs d'électricité, à savoir les collectivités ou communautés de personnes dépourvues de la capacité juridique, lesquelles ne revêtent ni la qualité de personne physique ni de personne morale (cf. BO 2006 E 837). Ainsi doit-on en déduire que le *consommateur final* est usuellement une personne physique ou morale, mais parfois également une communauté ou collectivité de personnes (p. ex. : hoirie, copropriété).

Il découle de ce constat que le *consommateur final* au sens de l'art. 15*b*^{bis} est l'entité considérée dans sa globalité, qui dispose généralement de la personnalité juridique, à défaut de l'unité organisationnelle de celle-ci considérée pour elle-même.

3.2.5 D'un point de vue de la systématique légale, il convient de relever que l'art. 3*o*^{quater} al. 3 à 5 OEne prévoit expressément que l'intensité électrique (rapport entre la valeur ajoutée brute et les coûts d'électricité) doit être établie sur la base des comptes individuels de l'exercice clôturé. Pour autant qu'il y ait obligation de dresser des états financiers, la valeur ajoutée doit être établie dans le respect des « Recommandations relatives à la présentation des comptes (Swiss GAAP RPC) » ou à une autre norme comptable reconnue. D'ailleurs, quand bien même l'entreprise ne répondrait pas aux exigences de révision ordinaire au sens du Code suisse des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220), la valeur ajoutée brute doit être calculée d'après les déclarations de la taxe sur la valeur ajoutée relatives à l'exercice plein. Il apparaît ainsi que le calcul de l'intensité électrique nécessite dans tous les cas de se fonder sur les comptes de l'exercice

plein. La preuve dont l'apport est ici exigé pour prétendre au remboursement du supplément se rapporte à l'entité considérée dans sa globalité.

Partant, il apparaît que le *consommateur final* serait l'entité juridique, généralement la personne morale. A cet égard, l'exception selon laquelle, dans le cas où plusieurs sociétés suisses ou filiales étrangères constituent une unité économique et qu'elles disposent de comptes consolidés limités à la Suisse, l'intensité électrique est alors établie d'après les comptes consolidés du dernier exercice plein, signifie uniquement que le *consommateur final* peut, dans ce cas bien précis, être constitué de deux ou plusieurs personnes morales ou physiques, comme le législateur l'a d'ailleurs reconnu (cf. consid. 3.2.4). L'inverse, c'est-à-dire qu'une unité économique ou organisationnelle au sein d'une société puisse être considérée à elle seule comme *consommateur final*, n'est pas prévu et ne saurait être déduit de ce qui précède.

3.2.6

3.2.6.1 Enfin, il est intéressant de relever que la loi fédérale du 23 décembre 2011 sur la réduction des émissions de CO_2 (loi sur le CO_2, RS 641.71) – acte postérieur à l'introduction du principe d'un droit au remboursement du supplément dans la LEne (entré en vigueur au 1er janvier 2009, cf. RO 2007 3425, 2008 45 ; FF 2005 1493) – connaît aussi un droit au remboursement pour les entreprises exemptées du paiement de la taxe. L'ordonnance du 30 novembre 2012 sur la réduction des émissions de CO_2 (ordonnance sur le CO_2, RS 641.711) définit expressément, à son art. 2 let. b, le sens qui doit être donné à la notion d'*entreprise* au sens de cette législation. Il s'agit d'un exploitant d'installations fixes sises sur un emplacement donné ; définition qui correspond d'ailleurs à celle d'*Arbeitsstätte* (fr. *établissement*, soit une unité locale délimitée géographiquement faisant partie d'une unité institutionnelle où s'exerce une activité économique) utilisée par l'Office fédéral de la statistique (OFS ; glossaire disponible sur <http://www.bfs.admin.ch> > 06 Industrie, services > Définitions, consulté le 24 août 2016). La possibilité d'un remboursement de la taxe CO_2 ne dépend donc pas de la personnalité juridique de l'entité, mais bien plutôt d'un rattachement à un lieu et à une activité particulière. Ainsi, conformément à cette définition, l'entité juridique – au sens d'une unité institutionnelle, notion également utilisée et définie par l'OFS – peut être composée d'une, deux ou plusieurs entreprises au sens de la législation sur la taxe CO_2 (*établissements*), et ce sont ces dernières qui sont susceptibles d'obtenir le remboursement de la taxe.

En réajustant le système de remboursement du supplément pour les entreprises à forte consommation d'énergie, le législateur a validé un élargissement du nombre de bénéficiaires susceptibles d'obtenir un tel remboursement, estimé entre 300 et 600 *entreprises/consommateurs finaux* (cf. Rapport de la CEATE-N du 8 janvier 2013, RO 2013 1527, spéc. 1543 ; p. ex. intervention BR Leuthard, BO 2013 S 379). Or, malgré la connaissance du critère déterminant d'*Arbeitstätte* prévalant depuis dans la législation sur le CO_2, le critère existant du *Einzelabschluss* ou du *Konzernabschluss* (cf. ancien art. 3*l* et 3*m* OEne dans leur version au 1er janvier 2009) n'a à aucun moment été remis en cause ; une modification de celui-ci n'a même pas été discutée.

3.2.6.2 Il appert ainsi qu'il n'y a pas eu de volonté de la part du législateur d'harmoniser les systèmes de remboursement existants. Une nouvelle fois, la notion de *consommateur final* au sens de la législation ici examinée se rapporte à l'entité juridique, soit à la personne physique ou morale dans sa globalité, ou à deux ou plusieurs entités juridiques réunies, quand bien même l'ensemble ne disposerait pas de la capacité juridique.

Le rapport du 9 mai 2016 de l'autorité inférieure rédigé suite à l'arrêt A-5557/2015 précité du Tribunal de céans, par lequel elle tente de déterminer la proportion du remboursement qu'elle pourrait potentiellement être amenée à devoir restituer aux entités publiques au vu du système actuel, mais aussi eu égard à des modifications futures éventuelles que celui-ci pourrait subir, comme le remplacement du critère de l'*unité institutionnelle* par celui d'*établissement*, reste forcément sans conséquence sur le constat qui précède (Parametervariation der Anforderungen für die Rückerstattung des Netzzuschlags, Analyse der finanziellen und energetischen Auswirkungen, disponible sur <http://www.bfe.admin.ch> > Thèmes > Efficacité énergétique > Remboursement du supplément sur les coûts de transport du réseau > Rapport de base, consulté le 24 août 2016).

3.2.7 Eu égard de ce qui précède, il convient de retenir que le *consommateur final* au sens de l'art. 15*b*bis LEne et des dispositions de l'OEne y afférentes, pour autant d'avoir à faire à des sociétés de droit privé ou de droit public et non à l'administration communale/cantonale/fédérale au sens strict, est une personne physique ou morale, voire une communauté ou un regroupement de personnes physiques ou morales. Il en découle que les unités de personnes physiques ou morales ne peuvent revêtir seules cette qualité de *consommateur final*.

3.3

3.3.1 La manière dont les SIG sont organisés est réglée par la loi du 5 octobre 1973 sur l'organisation des Services industriels de Genève (LSIG, RS GE L 2 35). Outre le but, la zone de desserte, la surveillance instituée (cf. art. 1 LSIG) ou, entre autres encore, la constitution et l'augmentation du capital de dotation (cf. art. 3 et 4 LSIG) qui sont fixés au titre premier, l'art. 2 al. 1 LSIG spécifie que les Services industriels sont doués de la personnalité juridique et sont autonomes dans les limites fixées par la constitution et par la LSIG. Ils sont notamment propriétaires des biens et titulaires des droits affectés à leur but et répondent personnellement et exclusivement de leurs dettes et engagements (art. 2 al. 2 LSIG). Les organes administratifs des Services industriels sont le conseil d'administration et le conseil de direction (art. 5A LSIG). S'agissant de leur comptabilité, les SIG font l'objet d'un contrôle interne permanent, d'un contrôle externe annuel, ainsi que d'un possible contrôle de gestion (cf. art. 21 à 23 LSIG). L'art. 24 LSIG prévoit que : le référentiel comptable des Services industriels est déterminé en application de la loi sur la gestion administrative et financière de l'Etat, du 4 octobre 2013, et de ses dispositions d'exécution (al. 1) ; les Services industriels tiennent et publient des comptes de résultat et de bilan distincts pour chacun de leurs domaines d'activité, notamment celui de l'usine des Cheneviers et celui du réseau primaire (al. 2).

3.3.2 Il résulte de ces dispositions que seuls les SIG disposent de la personnalité juridique. Ainsi sont-ils – en tant qu'entreprise de droit public dotée de la personnalité juridique – une personne morale et, à ce titre, détenteurs de l'exercice des droits civils, leur volonté s'exprimant par l'intermédiaire de leurs organes (cf. art. 52 ss, spéc. art. 54 et 55 al. 1 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC, RS 210]), ici le conseil d'administration ou le conseil de direction, en fonction de leurs attributions respectives (art. 16 et 20 LSIG).

La particularité selon laquelle les SIG doivent de par la loi tenir et publier des comptes de résultat et de bilan distincts pour chacun des domaines d'activité, en vertu de l'art. 24 al. 2 LSIG, et que ces secteurs seraient pratiquement gérés séparément n'est pas pertinente, puisqu'il ne s'agirait alors que de *reportings*, lesquels ne sont pas déterminants s'agissant de l'obligation comptable de la société, n'étant pas les comptes qui sont établis dans le respect des normes comptables applicables. De plus, contrairement à ce qui figure dans l'avis de droit produit par l'autorité inférieure à l'appui de sa réponse, qu'il s'agit de traiter ici comme une allégation de partie, l'existence d'états financiers consolidés comportant

des participations dans une entreprise étrangère ne saurait avoir pour conséquence d'empêcher le calcul de l'intensité électrique. L'explication donnée consistant à soutenir que cette situation des SIG nécessite de se fonder sur le bilan et compte d'exploitation d'une unité considérée, mais que ceux-ci ne sauraient être déterminants en ce qu'ils ne respectent pas les normes IFRS n'est pas soutenable. D'une part, les unités Eaux usées et Eau potable ne peuvent résolument tout à coup être considérées comme des consommateurs finaux – alors qu'elles n'en ont pas la qualité – en raison de considérations comptables. D'autre part, les SIG disposent nécessairement d'états financiers non-consolidés sur lesquels se fonder pour établir l'intensité électrique.

3.4 Compte tenu de ce qui précède, il convient de retenir que seuls les SIG revêtent la qualité de *consommateur final* au sens de l'art. 15*b*^{bis} LEne, à défaut de toute unité organisationnelle des SIG distinctement, et sont, partant, susceptibles de bénéficier du remboursement du supplément sur les coûts de transport des réseaux à haute tension pour autant que les conditions y afférents sont réalisées.

4.

La recourante fait valoir que la solution prévue par la législation sur l'énergie, et appliquée ici par l'autorité inférieure aux demandes des unités requérantes, serait arbitraire (art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]), contraire aux principes de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et de la protection de la bonne foi (art. 5 al. 3 et 9 Cst.).

4.1

4.1.1 De jurisprudence constante, une décision est arbitraire lorsqu'elle contredit de manière évidente une situation de fait donnée, lorsqu'elle viole gravement une règle de droit, un principe juridique clair et indiscuté, qu'elle ne se fonde pas sur des raisons sérieuses et objectives, qu'elle est dépourvue de sens et de but ou qu'elle heurte de manière choquante le sentiment de justice et d'équité. Pour qu'une décision soit arbitraire, il ne suffit toutefois pas qu'une autre solution eût été possible, ni même préférable. Il n'y a donc pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution pourrait aussi se défendre et sembler même plus correcte. Pour être arbitraire la solution retenue doit heurter le sentiment du droit par comparaison avec la solution écartée et apparaître ainsi comme juridiquement injuste. Enfin, l'annulation d'une décision ne se justifie que lorsque celle-ci est arbitraire dans son résultat et pas uniquement dans sa motivation (ATF 134 I 140 consid. 5.4 ;

arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5276/2015 du 29 juin 2016 consid. 4.3.1.2).

4.1.2

4.1.2.1 Le remboursement du supplément sur les coûts de transport des réseaux à haute tension se veut un système relativement simple, en ce qu'il dépend du rapport entre les coûts d'électricité nécessaires à la production d'un bien ou service et la valeur globale de celui-ci, déduction faite de toutes les prestations préalables. Il s'agit donc de soulager les consommateurs finaux pour lesquels la valeur des biens ou services produits engendre proportionnellement des coûts d'électricité élevés. Pour rappel, le Tribunal déduit du choix de faire principalement dépendre le droit au remboursement de cette condition une volonté du législateur de ne pas compromettre le bon fonctionnement, voire la pérennité, d'une entreprise à grande consommation d'énergie, tout en accroissant l'efficacité énergétique. De même, comme l'autorité inférieure le relève avec pertinence, la prise en compte d'unité organisationnelle ou d'un secteur d'activité pour la détermination d'un droit au remboursement indépendamment de l'unité institutionnelle à laquelle il appartient et qui le chapeaute est susceptible d'entraîner une insécurité juridique. Il serait en effet envisageable qu'une structure couvrant plusieurs domaines d'activité distincts procède à des réunions ou divisions d'unités ou de secteurs d'activité en vue de réduire ses coûts d'électricité et de se créer un ou plusieurs droits au remboursement. Or, dans un tel cas, force est de constater qu'il n'en va plus de l'allègement d'une entreprise à forte consommation d'énergie, mais uniquement d'une optimisation de sa charge en coûts d'électricité, ce qui ne reflète plus la volonté du législateur.

4.1.2.2 Sans formuler reproche aux unités requérantes, le cas d'espèce démontre la difficulté de ne prendre en compte qu'une unité ou un secteur d'activité de l'entreprise en lieu et place de la considérer dans son ensemble. Si, pour l'année 2014, il ressort des états financiers publiés que les SIG se chargeaient d'onze activités distinctes au total (p. 19 ss), dont l'Unité Eaux usées et l'Unité Eau propre, les états financiers 2015 font désormais mention de quatre secteurs d'activité gérés distinctement (p. 8 ss). On aperçoit ainsi que les deux unités requérantes – qui existent toujours en tant qu'activités – se trouvent désormais regroupées dans le secteur Environnement, au même titre que l'Unité Valorisation des déchets (états financiers 2014 et 2015 disponibles sur <http://www.sig-ge.ch> > Recherche > Etats financiers, consulté le 24 août 2016). Il en découle l'impossibilité de déterminer l'intensité électrique sur des chiffres portant

sur un point de comparaison identique d'une année à l'autre. Or, l'engagement pris par l'entreprise à forte consommation d'énergie, au moyen d'une convention d'objectifs, est d'une durée d'au moins dix ans (cf. art. 3*m* al. 2 OEne). Aussi, quand bien même des dispositions prévoient la possibilité d'adapter d'office ou sur requête la convention d'objectifs pour le cas d'une modification significative de la structure ou de l'activité commerciale du consommateur final, cumulée à une efficacité énergétique au moins 30% inférieure ou supérieure à l'objectif fixé pour l'année considérée (cf. art. 3*o* al. 3 let. a et b OEne), les chiffres à l'appui desquels l'on fixe les valeurs permettant de déterminer ensuite le droit au remboursement et l'étendue de celui-ci doivent se rapporter au même point de comparaison restant inchangé dans le temps. Si une société dans sa structure globale offre cette stabilité, tel n'est pas le cas d'un secteur d'activité ou d'une unité d'une société qui est susceptible de voir son contenu changer en tout temps par simple décision stratégique ou organisationnelle de la direction.

4.1.3 La règlementation prévue n'est donc d'aucune manière arbitraire. Elle s'avère au contraire proportionnée au but visé, sans qu'aucun abus de droit ne saurait être décelé.

4.2 Le principe de l'égalité de traitement est violé lorsqu'une décision – ou un acte législatif – établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante ou se produise de manière répétée (ATF 140 I 77 consid. 5.1, ATF 139 I 242 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5276/2015 précité consid. 4.3.1.1). En principe, un motif de distinction concret et raisonnable suffit à justifier un traitement différent, c'est-à-dire à le faire reconnaître en droit.

En l'espèce, il est vrai que X._____ AG, pour laquelle le Tribunal de céans a admis le principe d'un droit au remboursement sous réserve du respect des conditions d'octroi (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5557/2015 précité), exerce une activité qui se recoupe avec celle de l'Unité Eaux usées au sein des SIG. Leur situation particulière respective n'est toutefois pas similaire tant en fait qu'en droit, ce qui ne prône ainsi pas un traitement identique des deux causes. En effet, X._____ AG a uniquement pour but le traitement des eaux usées, alors que l'Unité Eaux usées des SIG représente seulement une activité parmi d'autres des SIG.

Alors que X._____ AG est une société anonyme, l'Unité Eaux usées n'est pas juridiquement autonome. Un parallèle aurait pu en revanche être tiré pour le cas où un remboursement du supplément en faveur d'une ou plusieurs unités de X._____ AG avait été accordé, ce qui n'a cependant pas été le cas dans l'arrêt dont la recourante tente de tirer argument. Le grief soulevé par la recourante est donc infondé.

4.3 L'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 131 II consid. 6.1, ATF 129 II 361 consid. 7.1). L'administré voit ainsi protégée la confiance légitime qu'il a placée dans le comportement adopté par l'autorité et suscitant une expectative déterminée. Celui-ci bénéficie du droit d'exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux assurances reçues pour autant que les conditions cumulatives émanant de la jurisprudence soient réalisées. Le principe de la confiance conduit à imputer à l'autorité le sens objectif de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté, et à la contraindre à en assumer les conséquences (pour l'entier du paragraphe, cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5276/2015 précité consid. 4.3.1.3 et réf. cit.).

La recourante affirme qu'en adressant le formulaire « Relevé fédéral de la Consommation finale d'énergie en 2015 » à l'Unité Eaux usées, l'autorité inférieure a reconnu que cette dernière était un *consommateur final* au sens de l'art. 15*b*^{bis} LEne. Le Tribunal ne saurait suivre ici sa position. En effet, le relevé de la consommation et le remboursement du supplément sont des questions distinctes, la première étant en lien étroit avec l'accès au réseau d'un site de consommation, alors que la seconde doit permettre aux gros consommateurs d'énergie de ne pas être pris à la gorge, malgré la nécessité reconnue de financer la rétribution à prix coûtant des énergies renouvelables. Pour des raisons pratiques évidentes, le relevé de consommation intervient par site de consommation, en l'espèce la station d'épuration des eaux d'Aïre. L'Unité Eaux usées compte d'ailleurs au total huit stations d'épuration et l'on peut imaginer que chacune d'elle reçoit ce formulaire annuellement. C'est pourquoi, ce formulaire n'a en rien la valeur que la recourante cherche à lui donner. Le Tribunal n'a en outre pas de motifs de douter de l'explication de l'autorité inférieure au sujet des raisons qui l'ont conduite à traiter les deux demandes séparément, à savoir en raison de l'enregistrement distinct des deux demandes.

Il en découle qu'aucun comportement contradictoire ne peut être reproché à l'autorité inférieure. De même, aucune assurance n'a été donnée aux

requérantes quant à un éventuel droit de leur part à obtenir le remboursement du supplément. Partant, il est erroné de prétendre que l'envoi de ce formulaire reconnaisse l'Unité Eaux usées ou même l'Unité Eau potable au titre de *consommateur final* au sens de l'art. 15*b*bis LEne en application du principe de la confiance.

4.4 A toutes fins utiles, le Tribunal relève qu'il ne saurait être considéré qu'en refusant d'accorder le remboursement aux unités ou secteurs de sociétés, l'autorité inférieure se rend coupable d'un formalisme excessif dans l'application de la loi. Si les unités veulent pouvoir profiter d'un éventuel remboursement du supplément, il leur revient de s'organiser de sorte à remplir les conditions de remboursement légales. En effet, il n'y a pas lieu de déroger au principe selon lequel une société doit se laisser imputer les conséquences de la forme juridique qu'elle a choisie, étant considéré qu'une interprétation selon la réalité économique permettant de faire abstraction de la forme juridique choisie par l'administré serait ici en contradiction avec la volonté du législateur (sur cette notion : THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Zurich 2011, p. 142 n. 438 et réf. cit. ; cf. consid. 3.2). Au surplus, une structure très grande et couvrant différentes activités comme celle des SIG présente l'avantage de répartir le poids financier relatif au supplément fédéral entre tous les secteurs d'activité. Plus l'activité globale de l'entreprise mélange domaines d'activités grands consommateurs d'énergie et d'autres faibles consommateurs d'énergie, plus les coûts d'électricité et les risques financiers qui y sont liés sont limités et maîtrisés ; ce qui n'est en revanche pas envisageable lors qu'un consommateur final concentre son action sur une seule activité grande consommatrice d'énergie.

5.
En résumé, c'est en conformité avec le droit fédéral applicable que l'autorité inférieure a retenu que l'Unité Eaux usées et l'Unité Eau potable des SIG ne pouvaient bénéficier du remboursement du supplément au sens de l'art. 15*b*bis LEne, au motif qu'elles ne sont pas des consommateurs finaux au sens de la législation applicable. Seuls les SIG revêtent en effet cette qualité.

Il s'ensuit que le recours doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.

6.
6.1 Conformément à l'art. 63 al. 1 1ère phrase PA, selon lequel les frais de procédure, comprenant l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours, sont généralement mis à la charge de la partie qui

succombe, la recourante doit en l'occurrence prendre à sa charge les frais de procédure qui, s'élevant à Fr. 1'500.-, seront prélevés sur l'avance de frais d'un montant de Fr. 3'000.- déjà effectuée, dont l'excédent de Fr. 1'500.- lui sera restitué.

6.2 Le Tribunal peut allouer d'office ou sur requête à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA et art. 7 ss du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF). Aucune indemnité de dépens ne sera donc allouée en l'espèce.

(le dispositif est porté à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est, pour autant que recevable, rejeté.

2.
Les frais de procédure d'un montant de Fr. 1'500.- sont mis la charge de la recourante. Ils sont prélevés sur l'avance de frais totale de Fr. 3'000.- déjà effectuée. La somme restante de Fr. 1'500.- lui sera restituée dans les trente jours qui suivent l'entrée en force du présent arrêt, à charge pour cette dernière de communiquer au Tribunal un numéro de compte sur lequel la somme précitée peut lui être versée.

3.
Il n'est pas alloué de dépens.

4.
Le présent arrêt est adressé :

– à la recourante (Acte judiciaire)
– à l'autorité inférieure (Recommandé)
– au Secrétariat général du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication DETEC (Acte judiciaire)

– à la Commission fédérale de l'électricité ElCom, pour information

Le président du collège : La greffière :

Jérôme Candrian Déborah D'Aveni

Indication des voies de droit :

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

Expédition :