

BGer 2C_828/2019 vom 16. Juli 2020

Bundesgericht, 2020-07-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_828_2019

FR: TF 2C_828/2019 du 16 juillet 2020

IT: TF 2C_828/2019 del 16 luglio 2020

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF). Il contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 141 II 113 consid. 1 p. 116).

E. 1.1

En l'occurrence, le recours est dirigé contre un arrêt du Tribunal administratif fédéral qui confirme une décision de l'EiCom fixant définitivement la tarification de l'approvisionnement de base en électricité assuré par la Ville de Lausanne durant les années 2009 et 2010. Cet arrêt, qui relève d'un domaine du droit public (art. 82 let. a LTF) ne tombant sous le coup d'aucune des exceptions de recevabilité de l' art. 83 LTF , constitue une décision finale, dans la mesure où il met un terme à une procédure initialement ouverte le 12 octobre 2009 par l'EiCom (art. 90 LTF). Il a par ailleurs été rendu par une instance statuant immédiatement avant le Tribunal fédéral (art. 86 al. 1 let. a LTF). La voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral est donc ouverte en l'espèce. A cela s'ajoute que le recours a été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans le respect des formes requises par la loi (art. 42 al. 1 LTF). On ne peut à ce dernier égard reprocher à la Ville de Lausanne d'avoir rédigé son recours en allemand, même s'il est dirigé contre un arrêt en français. Les mémoires au Tribunal fédéral peuvent être rédigés dans n'importe quelle langue officielle (cf. art. 42 al. 1 LTF), la langue de la procédure demeurant néanmoins celle de l'arrêt attaqué.

E. 1.2

La Ville de Lausanne prétend avoir qualité pour recourir en application de l' art. 89 al. 1 LTF . Cette disposition reconnaît un droit de recourir à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente (let. a), est particulièrement atteint par la décision attaquée (let. b) et à un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Selon la jurisprudence, les collectivités publiques peuvent fonder leur qualité pour recourir au Tribunal fédéral sur cette disposition si la décision attaquée les atteint de la même manière qu'un particulier, ou du moins de manière analogue, dans leurs intérêts juridiques ou patrimoniaux (cf. ATF 141 III 353 consid. 5.2 p. 355 s.; 141 II 161 consid. 2.1 p. 164; 140 I 90 consid. 1.2.1 p. 93; aussi 2C_783/2017 du 15 janvier 2018 consid. 1.2.1).

Comme on le verra, la loi prévoit que les gestionnaires de réseau, comme les Services industriels lausannois, jouissent d'une liberté de principe en matière de tarification, à l'instar des autres producteurs et distributeurs d'énergie électrique en Suisse (cf. infra consid. 3.1). En l'occurrence, l'arrêt attaqué réduit toutefois les tarifs appliqués par la Ville de Lausanne en 2009 et 2010 s'agissant de l'approvisionnement de base en électricité, tout en ordonnant que ces deux réductions rétrospectives soient compensées durant les années à venir. Il faut donc admettre que l'arrêt attaqué, en tant qu'il impose une certaine tarification à la Ville de

Lausanne, atteint celle-ci dans sa liberté entrepreneuriale comme un particulier. L'intéressée peut donc fonder sa qualité pour recourir sur l' art. 89 al. 1 LTF (cf. d'ailleurs, sans motivation, arrêt 2C_572/2012 du 27 mars 2013 consid. 2.1).

E. 1.3

Il s'ensuit que le recours est recevable.

E. 2

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Cela étant, compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés, sauf en présence de violations du droit évidentes. Il n'est donc pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques pouvant se poser, lorsque celles-ci ne sont pas discutées devant lui (cf. ATF 142 I 99 consid. 1.7.1 p. 106; 140 III 86 consid. 2 p. 89; aussi arrêt 2C_630/2018 du 7 août 2018 consid. 3.1).

E. 3

L'objet de la contestation concerne les tarifs auxquels les Services industriels lausannois ont fourni l'approvisionnement de base en énergie électrique au sein de leur réseau de distribution durant les années 2009 et 2010.

E. 3.1

Il découle de l'art. 6 al. 1 de la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007 (LApEl; RS 734.7) que les tarifs en matière d'approvisionnement de base en électricité sont en principe fixés librement par les gestionnaires de réseau de distribution concernés, tant et aussi longtemps qu'ils restent "équitables" au sens de l' art. 6 al. 1 LApEl (cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.2 p. 466). Ils ne sont soumis à aucune procédure d'approbation préalable de la part de l'Etat. Néanmoins, dans le cadre de ses tâches de surveillance, l'ElCom peut procéder à des contrôles, son intervention pouvant survenir d'office ou en cas de litige. A l'issue d'une telle procédure, elle peut ordonner une réduction des tarifs fixés par le gestionnaire du réseau de distribution ou interdire une augmentation de ceux-ci (cf. art. 22 al. 2 let. a et b LApEl).

E. 3.2

En l'occurrence, l'ElCom a exercé son pouvoir de surveillance en estimant les coûts pouvant être imputés à l'approvisionnement de base en électricité de la Ville de Lausanne pour les années 2009 et 2010. Sur cette base, elle a fixé la limite maximale des tarifs applicables pour ces années et ordonné que les excédents de couverture qui en résultaient soient remboursés aux consommateurs finaux conformément à sa Directive 1/2012 relative aux "Différences de couverture des années précédentes". La Ville de Lausanne demande pour sa part l'annulation de cette décision et, surtout, celle de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral qui la confirme. Il convient de préciser que cette conclusion purement cassatoire est admissible en la cause, quand bien même les recours au Tribunal fédéral doivent en principe viser la réforme de l'arrêt attaqué (cf. art. 107 al. 2 LTF). En effet, l'annulation de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral aurait pour effet de lever l'obligation qui en découle pour la Ville de Lausanne de réduire rétroactivement ses tarifs pour 2009 et 2010 et, donc, de rembourser un éventuel trop-perçu pour ces deux années.

E. 3.3

Notons que la conclusion en annulation prise par la Ville de Lausanne couvre également, de manière implicite, une éventuelle annulation partielle de l'arrêt attaqué, dans la mesure où celle-ci s'imposerait à l'aune des griefs soulevés (cf. supra consid. 2). En l'espèce, la recourante affirme dans son mémoire que les autorités précédentes ne se sont pas directement prononcées sur la question de l'intérêt à payer sur l'éventuel excédent de couverture à rembourser aux consommateurs finaux en lien avec l'approvisionnement de base en électricité. Dans ses observations sur le recours, l'ElCom prétend pour sa part avoir fixé un tel intérêt en renvoyant à sa Directive 1/2012 dans sa décision du 15 décembre 2016, laquelle a été confirmée en tout point par le Tribunal administratif fédéral. La question de l'intérêt courant sur la somme à rembourser relève donc, sous cet angle, de l'objet du litige et sera traitée dans le présent arrêt (cf. infra consid. 9).

E. 4

Dans ses écritures, la Ville de Lausanne se plaint tout d'abord d'une violation de son droit d'être entendu. Elle reproche à l'ElCom et au Tribunal administratif fédéral de s'être fondés sur la règle dite des "95 et 150 fr." pour fixer le montant des "coûts de gestion bénéfice inclus" imputables à l'approvisionnement de base en électricité, sans lui permettre de consulter l'ensemble des documents ayant servi à l'élaboration de la règle en question. En la présente affaire, ce grief de nature formelle, qu'il convient en principe d'examiner en premier lieu (cf. ATF 141 V 557 consid. 3 p. 563), sera traité exceptionnellement en même temps que la conformité de l'arrêt attaqué au droit matériel (cf. infra consid. 7.4).

E. 5

Sur le fond, la recourante considère que l'arrêt attaqué viole sous plusieurs angles de vue l'art. 6 al. 1 LApEl .

E. 5.1

En l'occurrence, l'art. 6 al. 1 LApEl prévoit que "[l]es gestionnaires d'un réseau de distribution prennent les mesures requises pour pouvoir fournir en tout temps aux consommateurs captifs et aux autres consommateurs finaux de leur zone de desserte qui ne font pas usage de leur droit d'accès au réseau la quantité d'électricité qu'ils désirent au niveau de qualité requis et à des tarifs équitables". Les parties à la procédure défendent en l'occurrence des avis divergents quant à l'interprétation à donner au terme "équitable" utilisé par cette disposition. L'ElCom, confirmée sur ce point par le Tribunal administratif fédéral, privilégie une interprétation de l'art. 6 al. 1 LApEl qui tient compte des coûts pouvant être imputés à l'approvisionnement de base en énergie électrique. Elle a ainsi mis en place une méthode de calcul dite "

cost-plus" contestée sous plusieurs de ses aspects par la Ville de Lausanne d'après laquelle un tarif équitable en matière d'approvisionnement de base couvre, d'une part, les "

coûts de l'approvisionnement en énergie " et, d'autre part, ceux relatifs à la fourniture d'énergie, qualifiés de "

coûts de gestion (bénéfice inclus) ".

E. 5.2

S'agissant des

coûts de l'approvisionnement en énergie , l'ElCom les décompose en "coûts de production propre" d'énergie et en "coûts d'achat" d'électricité. Les

coûts de production propre , évalués au prix de revient, couvrent les coûts d'exploitation et les coûts de capitaux liés à une production performante et efficace d'énergie par le gestionnaire de réseau. L'ElCom tient à cet égard compte d'un bénéfice approprié en appliquant un intérêt sur les valeurs résiduelles des installations de production qui correspond au coût moyen pondéré du capital (CMPC ou

weighted average cost of capital [ci-après : WACC]), qui se monte en l'occurrence à 6.09 % pour les années 2009 et 2010.

Cela étant, l'ElCom a accepté les coûts d'exploitation des installations de production propre déclarés par la Ville de Lausanne pour 2009 et 2010. Elle a également admis les coûts de capitaux liés à ces installations tels qu'ils avaient été présentés par ses services industriels (à savoir les intérêts et amortissements théoriques calculés sur la base des coûts initiaux d'achat ou de construction des installations nécessaires à la production). Elle a en revanche refusé de prendre en compte des intérêts théoriques sur le fonds de roulement net (FRN) calculés sur la base des coûts totaux de la production propre d'énergie. S'agissant enfin des coûts d'achat, l'ElCom a pris en compte les dépenses effectuées par la Ville de Lausanne en lien avec l'acquisition d'énergie chez d'autres producteurs et fournisseurs. En application de ces principes, elle a évalué les

coûts de production propre d'énergie des Services industriels lausannois à 6,72 ct./kWh pour 2009, respectivement 6,01 ct./kWh pour 2010. Les

coûts d'achat d'électricité ont pour leur part été fixés à 9,73 ct./kWh pour 2009 et à 9,16 ct./kWh pour 2010.

E. 5.3

Quant aux

coûts de gestion (bénéfice inclus) , l'ElCom admet tout d'abord qu'un gestionnaire de réseau de distribution est en droit de réaliser un bénéfice approprié en lien avec la fourniture d'énergie électrique. Les coûts de gestion imputables comprennent ainsi non seulement ceux liés aux activités de facturation et de service à la clientèle, ainsi qu'à d'autres prestations spécifiques aux clients, mais également un bénéfice résultant de la commercialisation de l'électricité. Par ailleurs, comme de tels coûts dépendent forcément du nombre de clients desservis, l'ElCom les contrôle par consommateur final, c'est-à-dire par destinataire de factures. A cet égard, elle part d'une médiane de 74 fr. de coûts effectifs par consommateur, étant précisé qu'elle a calculé cette médiane à partir des données fournies par 51 grands gestionnaires de réseau ayant présenté une comptabilité analytique sur ce point en 2010. Partant de cette valeur de référence, l'ElCom a développé la règle dite des "95 et 150 fr.". Selon celle-ci, les "coûts de gestion (bénéfice inclus) " des gestionnaires de réseau se situant en dessous de 95 fr. ne doivent pas être examinés plus avant, tandis que ceux dépassant 150 fr. doivent être réduits à ce second montant. Quant aux gestionnaires de réseau se prévalant de "coûts de gestion (bénéfice inclus) " supérieurs à 95 fr., tout en présentant des coûts de gestion effectifs (sans bénéfice) inférieurs à ce montant, ils voient leurs marges bénéficiaires abaissées de façon à ce que les coûts de gestion (bénéfice inclus) imputables se montent à 95 fr. au total. Lorsqu'enfin, les coûts de gestion effectifs du gestionnaire de réseau dépassent à eux seuls le seuil de 95 fr, l'ElCom admet l'imputation d'un bénéfice supplémentaire par analogie au réseau, en prenant garde que le total des coûts et du bénéfice reste inférieur à 150 fr.

En l'occurrence, s'agissant de la recourante, l'ElCom a accepté des coûts de gestion effectifs par destinataire de factures d'un montant de 73.55 fr. en 2009 et de 63.95 fr. en 2010 et, par conséquent, accepté un bénéfice maximum de 21.45 fr. en 2009 et de 31.05 fr. en 2010, en application de la règle des " 95 et 150 fr. " présentée ci-avant.

E. 5.4

Il s'avère que la méthode de contrôle des tarifs mise en place par l'ElCom, qui vient d'être présentée et qui a été confirmée par le Tribunal administratif fédéral, désavantage la Ville de Lausanne, dans la mesure où celle-ci a produit de l'énergie électrique à un coût de revient nettement moins élevé que le prix du marché durant les années concernées 2009 et 2010 (cf. supra consid. 5.2). Cette méthode l'empêche d'exiger de ses consommateurs captifs qu'ils paient leur électricité à un prix proche de celui du marché et de proposer simultanément son énergie électrique à un prix inférieur aux clients jouissant du libre accès au marché. Il s'agit dès lors de s'interroger sur la légalité d'un contrôle des prix de l'électricité fondé sur les coûts - et non en fonction du prix du marché - lequel peut conduire à fixer le tarif " équitable " au sens de l' art. 6 al. 1 LApEl à un niveau nettement plus bas que ce dernier.

E. 6

En l'occurrence, la Ville de Lausanne prétend tout d'abord que le système " cost-plus " adopté par l'ElCom et confirmé par le Tribunal administratif fédéral serait, dans son principe même, contraire à la loi.

E. 6.1

Selon la recourante, la manière de procéder des autorités précédentes pour contrôler les tarifs de l'approvisionnement de base en énergie réduirait à néant l'autonomie tarifaire des entreprises d'approvisionnement en électricité pourtant garantie par la loi. Elle reproche au Tribunal administratif fédéral d'avoir limité sa cognition à l'excès en raison d'une prétendue marge d'appréciation technique de l'ElCom et d'avoir retenu, à l'instar de celle-ci, que la notion de "tarif équitable" contenue à l' art. 6 al. 2 LApEl équivalait à une tarification "orientée sur les coûts". Selon elle, une tarification orientée sur les coûts ne pourrait être imposée sans être expressément prévue par la loi. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce s'agissant de l'approvisionnement de base en énergie électrique. La situation serait sous cet angle différente de celle qui prévaut s'agissant de l'utilisation du réseau (cf. art. 14 al. 1 LApEl). A cela s'ajoute, selon la recourante, que la surveillance des tarifs de l'électricité dans l'approvisionnement de base constituerait, dans l'esprit du législateur, une mesure de lutte contre les abus, dans le cadre de laquelle il conviendrait de tenir compte d'autres aspects que les coûts, tels que la situation et l'évolution du marché (cf. art. 1 al. 2 let. b LApEl), à l'instar de ce qui prévaut en droit des cartels ou de la surveillance des prix. Les entreprises d'approvisionnement en électricité gestionnaires d'un réseau de distribution devraient ainsi avoir la possibilité de tirer profit de leur propre production électrique, notamment en facturant l'énergie qu'elles fournissent à leurs clients captifs à un prix proche de celui du marché, même si celui-ci devait être supérieur à celui de leur production propre. La Ville de Lausanne soutient enfin qu'une interprétation de la LApEl conforme à la Constitution fédérale conduit au même résultat. Une entreprise d'approvisionnement en électricité gestionnaire d'un réseau devrait pouvoir tenir compte de la situation des consommateurs jouissant d'un libre accès au marché de l'électricité lorsqu'elle fixe le tarif à payer par ses clients captifs, au risque sinon de réduire à l'excès sa marge de manoeuvre entrepreneuriale. Dans le cas contraire, elle se verrait nettement désavantagée par rapport

aux autres entreprises qui, n'étant responsables d'aucun réseau de distribution, ne doivent assurer l'approvisionnement d'aucun client captif et s'avèrent ainsi totalement libres de fixer leurs prix sur le marché libéralisé indépendamment de toute surveillance. La Ville de Lausanne soutient ainsi qu'un tarif pour l'approvisionnement de base en électricité fixé en fonction des prix du marché ne devrait ainsi pas être qualifié d'"inéquitable" au sens de l'art. 6 al. 1 LApEl .

E. 6.2

Il n'appartient pas à l'ElCom de fixer les tarifs de l'électricité dans l'approvisionnement de base, mais aux gestionnaires de réseau de distribution (cf. art. 6 al. 1 et 3 LApEl). Dans l'exercice de ses tâches de surveillance des tarifs (art. 22 al. 2 let. b LApEl), l'autorité précitée ne peut ainsi intervenir qu'en cas de violation de la loi. Elle ne peut ce faisant s'immiscer dans le pouvoir d'appréciation des gestionnaires de réseau. Il en va de même du Tribunal administratif fédéral dont le pouvoir d'examen ne peut aller au-delà de celui de l'autorité de décision de première instance. Lui aussi doit se limiter à un contrôle de conformité au droit, à l'exclusion de tout contrôle en opportunité, et vérifier, le cas échéant, que le pouvoir d'appréciation des gestionnaires de réseau a été respecté par l'ElCom. Cela étant dit, le point de savoir si un tarif d'électricité est "équitable" au sens de l'art. 6 al. 1 LApEl relève d'un contrôle de conformité au droit. Il s'ensuit que les tarifs ou les composantes tarifaires de l'approvisionnement de base en électricité qui s'avèrent non "équitables" peuvent se voir réduits par l'ElCom. Celle-ci dispose sur ce point d'une marge d'appréciation que le Tribunal administratif fédéral doit respecter lorsqu'il contrôle la légalité de son action de même que celle des ordonnances appliquées par elle (cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.1/3 p. 466 s. et les références citées; aussi 138 II 465 consid. 7.7 p. 491 s.).

E. 6.3

D'après l'art. 6 al. 1 LApEl , les gestionnaires d'un réseau de distribution doivent fournir de l'électricité aux consommateurs captifs à des tarifs "équitables" ("

angemessen " en allemand et "

adeguate " en italien). Si la loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par "équitable" (cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.3 p. 467), l'ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEl; RS 734.71) détaille en revanche, à son art. 4 al. 1, que la composante tarifaire due pour la fourniture d'énergie aux consommateurs finaux avec approvisionnement de base (qui se distingue de celle due pour l'utilisation du réseau) se fonde sur les coûts de production d'une exploitation efficace et sur les contrats d'achat à long terme du gestionnaire du réseau de distribution. Dans sa version originelle, en vigueur en 2009 et 2010 et donc applicable en l'espèce, la disposition précitée contenait encore une seconde phrase ajoutant que "[s]i les coûts de production dépass[ai]ent les prix du marché, la composante tarifaire s'appu[yait] sur les prix du marché" (RO 2008 1223). A son art. 19 al. 1 OApEl , l'ordonnance prévoit enfin que l'ElCom doit comparer l'efficacité des gestionnaires de réseau en vue de vérifier les tarifs et les rémunérations pour l'utilisation du réseau ainsi que les tarifs d'électricité, tout en énumérant quelques critères pertinents dans cette optique. L'ElCom doit tenir compte non seulement des différences structurelles sur lesquelles les entreprises n'ont pas de prise, mais aussi de la qualité de l'approvisionnement (art. 19 al. 1, 3e phrase, OApEl). Elle doit également prendre en considération le degré d'amortissement au moment de comparer les coûts imputables à cet approvisionnement (4e

phrase). Son appréciation intègre enfin des valeurs de référence internationales (5e phrase).

Il résulte de ce qui précède que l'OApEl impose un contrôle des tarifs de l'électricité dans le domaine de l'approvisionnement de base fondé sur les coûts, mais qu'une telle manière de procéder n'est pas expressément prévue par la loi, contrairement à ce qui prévaut pour les tarifs d'utilisation du réseau (cf. art. 14 al. 1 LApEl). Le critère de l'efficacité n'est d'ailleurs évoqué par la LApEl qu'en lien avec la rémunération de l'utilisation du réseau (art. 8 al. 1 let. a et al. 2; art. 14 al. 4 et art. 15 al. 1 LApEl), jamais avec la tarification de l'approvisionnement de base en électricité. Se pose dès lors la question de savoir si les art. 4 al. 1 et 19 al. 1 OApEl sont conformes au droit supérieur.

E. 6.4

Dans un ATF 142 II 451 , le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé sur la conformité au droit d'un tarif que l'ElCom avait précédemment contrôlé en application de son système fondé sur les coûts. Il a considéré à cette occasion que l'autorité précitée avait eu raison de ne pas appliquer la seconde phrase de l' art. 4 al. 1 OApEl , selon laquelle les tarifs devaient s'appuyer sur les prix du marché quand les coûts de production dépassaient ces derniers. Appliquée strictement, une telle règle - du reste abrogée depuis lors - aurait systématiquement induit des pertes financières en lien avec l'approvisionnement de base pour les gestionnaires de réseau de distribution produisant de l'électricité à un prix supérieur à celui du marché, dès lors qu'ils n'auraient pas pu couvrir les coûts découlant de leur propre production d'énergie. Ces gestionnaires de réseau se seraient forcément retrouvés insolvables, voire en faillite. La règle précitée aurait eu pour autre effet d'empêcher la construction de nouvelles installations produisant une électricité au coût de revient supérieur au prix du marché. Compte tenu de leur importance, de telles implications pour la sécurité de l'approvisionnement en énergie et la politique énergétique en général auraient dû découler d'une décision du législateur formel et ne pouvaient pas résulter d'une simple ordonnance (cf. art. 164 Cst. ; cf. ATF 142 II 451 consid. 5.2.7.2 p. 474).

Cela étant dit, dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a également relevé que le contrôle des tarifs en lien avec l'approvisionnement de base en électricité ne pouvait pas faire totalement abstraction des prix du marché. Un contrôle tarifaire, même fondé sur les coûts, doit tenir compte du fait que les gestionnaires de réseau procèdent forcément à des achats à court terme d'électricité sur le marché, le cas échéant à un prix supérieur au coût de revient de l'énergie produite en propre. Sans de tels achats, les entreprises intéressées ne pourraient en effet pas garantir un approvisionnement de base suffisant comme le leur commande la loi, car l'énergie produite et les contrats de fourniture à long terme ne permettent pas à eux seuls de couvrir les besoins variables de l'approvisionnement de base. Il s'ensuit que, contrairement à ce que laisse entendre l' art. 4 al. 1 OApEl , les coûts de production d'une exploitation efficace et les contrats d'achat à long terme des gestionnaires de réseau de distribution ne constituent pas, par la force des choses, les seules composantes tarifaires déterminantes s'agissant de la fixation du prix équitable à payer par les consommateurs captifs pour l'énergie qui leur est fournie. A cela s'ajoute que l' art. 6 al. 5 LApEl (dont la version initiale a été à la fois reprise et complétée par la loi fédérale sur la transformation et l'extension des réseaux électriques du 15 décembre 2017 [cf. RO 2019 1349 et infra consid. 8.6]) exige également que les gestionnaires d'un réseau répercutent proportionnellement sur les consommateurs captifs le bénéfice qu'ils tirent du libre accès au réseau, afin que ceux-ci profitent également indirectement des avantages liés à l'ouverture partielle du marché de l'électricité. Il n'est ainsi pas possible de considérer que la loi prévoit un contrôle des tarifs

de fourniture d'électricité totalement détaché de la situation du marché (cf. ATF 142 II 451 consid. 5.2.7.3 p. 474 s.).

E. 6.5

Ainsi, dans l' ATF 142 II 451 , le Tribunal fédéral a mis en évidence que la situation prévalant sur le marché de l'électricité devait être prise en compte au moment d'évaluer le caractère "équitable" ou non d'un tarif d'électricité, mais uniquement en ce sens que les achats d'énergie au prix du marché constituaient forcément une composante d'une telle évaluation fondée sur les coûts. Il a ainsi confirmé que la méthode de calcul "

cost-plus " élaborée par l'EiCom respectait la LApEl, tout en soulignant qu'une telle conclusion se voyait consolidée par une interprétation systématique et historique de la loi. Il a relevé qu'en application de l' art. 6 al. 4 LApEl , le gestionnaire du réseau devait de toute manière tenir une comptabilité analytique ("par unité d'imputation") pour la composante de tarif relative à la fourniture d'énergie. Une telle obligation n'aurait aucun sens si les coûts n'étaient pas un élément déterminant s'agissant de la tarification de l'approvisionnement de base. Selon les travaux préparatoires, l'objectif de cette norme était du reste précisément que le distributeur final puisse prouver que les tarifs appliqués reposent sur des coûts effectifs. Quant à la règle de l' art. 6 al. 5 LApEl , selon lequel les gestionnaires d'un réseau de distribution doivent répercuter proportionnellement sur les consommateurs captifs le bénéfice qu'ils tirent du libre accès au réseau, le Tribunal fédéral a relevé qu'elle tendait à ce que les consommateurs finaux captifs profitent aussi des prix du marché, lesquels sont souvent avantageux par rapport à la production propre des gestionnaires de réseau. Cette norme empêche ainsi que les gestionnaires de réseau mettent en place un système où l'approvisionnement de base découlerait en première ligne de la production propre, tandis que l'électricité achetée sur le marché - en principe moins chère - servirait à fournir les clients jouissant d'un libre accès au réseau (ATF 142 II 451 consid. 5.2.3-5.2.6 p. 470 ss). Cela étant, le Tribunal fédéral a souligné que l' art. 6 al. 5 LApEl s'appliquait aussi dans les cas plus rares où les gestionnaires produisaient de l'électricité à un meilleur prix que celui du marché. Dans une telle hypothèse, il faut admettre que les "surcoûts" liés à des achats d'énergie puissent être répercutés de manière "appropriée" sur les clients captifs, pour autant que ceux-ci profitent de la production propre dans une mesure correspondante (ATF 142 II 451 consid. 5.2.8 p. 475). En somme, la loi impose un contrôle des tarifs de l'approvisionnement de base fondés sur les coûts dans le cadre duquel n'importe quels coûts ne peuvent pas être acceptés, surtout pas ceux résultant d'une exploitation non efficiente. Il faut notamment que les clients captifs dans l'approvisionnement de base puissent profiter du fait que leurs gestionnaires de réseau produisent leur propre énergie à des coûts plus bas que ceux du marché, étant précisé qu'un gain approprié sur cette énergie est garanti auxdits gestionnaires par le biais de l'intérêt calculé sur les valeurs résiduelles des installations de production (WACC; cf. supra consid. 5.2).

E. 6.6

Il est vrai que la méthode "

cost-plus " de l'EiCom a des répercussions importantes sur la position de la Ville de Lausanne. De manière générale, elle désavantage les producteurs d'électricité qui, comme elle, occupent également une position de gestionnaires de réseau de distribution, par rapport à ceux qui ne remplissent pas une telle tâche et qui ne doivent fournir aucun client sous le régime de l'approvisionnement de base. Cette différence de traitement ne constitue

cependant rien d'autre que la conséquence de la réglementation voulue par le législateur qui prévoit, d'une part, un approvisionnement de base en électricité par des gestionnaires de réseau à un prix contrôlé (art. 5 al. 1 à 3 et art. 6 LApEl) et, d'autre part, la fourniture d'énergie selon les règles du marché sur la base d'un rapport contractuel de droit privé. Les entreprises actives dans ces deux secteurs sont logiquement tenues de respecter deux cadres juridiques différents et sont ainsi soumises à des charges et obligations particulières liées à cette position spéciale, qui ne valent pas pour les purs producteurs d'électricité. Ces charges et obligations liées à la qualité de gestionnaire de réseau ne portent du reste pas atteinte à la liberté économique de la Ville de Lausanne, à supposer que celle-ci puisse valablement invoquer ce droit fondamental en tant que collectivité publique. L'approvisionnement de base en électricité n'est en effet soumis à aucune concurrence ou autre pression du marché. Les entreprises qui en ont la charge restent par ailleurs libres de vendre l'énergie qu'elles produisent à des clients finaux ayant accès au marché ou à d'autres entreprises de distribution.

E. 6.7

Il résulte des considérants qui précèdent qu'un contrôle des tarifs de l'électricité fondé sur les coûts est conforme à la loi. L'arrêt attaqué qui confirme un tel contrôle ne saurait dès lors être qualifié d'illégal pour la simple raison que la Ville de Lausanne aurait fourni un approvisionnement de base en électricité à un tarif se situant en deçà des prix du marché durant les années contrôlées, à savoir en 2009 et 2010, quoi que l'intéressée soutienne dans son recours. On relèvera enfin que la Ville de Lausanne ne critique pas la manière dont les autorités précédentes ont concrètement calculé les "

coûts de l'approvisionnement en énergie " imputables à cette tâche en application de la méthode développée par l'ElCom, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de contrôler si celle-ci a été correctement appliquée en l'espèce (cf. supra consid. 2 et 3.2).

E. 7

La Ville de Lausanne remet également en cause le système " cost-plus " de l'ElCom en tant qu'il intègre une estimation des " coûts de gestion (bénéfice inclus) ".

E. 7.1

En l'occurrence, la Ville de Lausanne considère qu'il serait erroné d'apprécier les "coûts de gestion (bénéfice inclus) " séparément des "

coûts de l'approvisionnement en énergie ", ainsi que les autorités précédentes l'ont fait. Selon elle, les tarifs de l'électricité ne devraient pas être scindés en plusieurs composantes, mais être contrôlés de manière globale. De plus, la règle dite des "95 et 150 fr." appliquée en l'espèce pour estimer les "coûts de gestion (bénéfice inclus) " imputables ne respecterait pas la catalogue des critères d'appréciation fixé à l' art. 19 al. 1 OApEl . Cette règle, dont la Ville de Lausanne se plaint de n'avoir pas pu contrôler le fondement, dès lors qu'on lui a refusé l'accès aux données qui en sont à la base, serait même arbitraire. Elle avantagerait les entreprises fonctionnant de manière peu efficiente - qui pourraient facturer des coûts de gestion jusqu'à 150 fr. par client - par rapport aux entreprises plus performantes qui voient leur marge de manoeuvre commerciale fortement restreinte.

E. 7.2

Dans son ATF 142 II 451, le Tribunal fédéral s'est aussi prononcé sur la conformité au droit de la règle dite des "95 et 150 fr." fixée par l'EiCom (aujourd'hui remplacée par la règle dite des "75 fr.", fixée dans la Directive 5/2018 de l'EiCom, "Nouvelles valeurs limites dans l'évaluation des coûts et bénéfices appropriés pour la fourniture d'énergie dans l'approvisionnement de base à partir", applicable à partir du 1er janvier 2020). Il a relevé que celle-ci devait, sur le principe, contrôler les tarifs d'électricité dans leur ensemble, sans se limiter à certaines de leurs composantes (ATF 142 II 451 consid. 6.2 p. 477). Cela étant, rien n'empêchait l'EiCom de se concentrer sur des composantes tarifaires qui lui semblaient problématiques lors d'un contrôle concret et d'ordonner une réduction du tarif examiné sur cette base exclusivement. En effet, l'art. 19 OApEl ne l'oblige pas à comparer l'efficacité des gestionnaires de réseau sur la base d'une appréciation globale de leurs coûts (ATF 142 II 451 consid. 6.3.1 p. 477 s.). Sur un plan abstrait, une telle manière de faire, dans la mesure où elle pourrait se fonder sur une méthode scientifique de comparaison des coûts, serait sans doute souhaitable. Son élaboration et sa mise en oeuvre concrètes soulèvent toutefois de nombreuses difficultés et zones d'ombre. Une évaluation globale dépendrait de prémisses incertaines, comme l'évolution à moyen et long terme du marché. Le coût auquel une centrale électrique donnée produit de l'électricité est en outre intimement lié à la nature et à la structure de l'installation en question, lesquelles résultent du reste de facteurs historiques. Enfin, si l'on part de l'idée que l'approvisionnement en électricité est efficient lorsqu'il coûte le moins possible, il faudrait en conclure que les installations de production présentant des coûts de production élevés doivent être mises à l'arrêt, respectivement ne jamais être construites, ce qui aurait des conséquences négatives sur le taux d'autosuffisance en énergie de la Suisse et sur la sécurité de son approvisionnement en électricité. Procéder à un contrôle des tarifs sur la base d'une comparaison d'efficacité globale impliquerait ainsi de nombreux jugements de valeur en matière de politique énergétique dont on peut douter qu'ils relèvent de la compétence de l'EiCom (cf. art. 164 Cst.). Il n'est donc pas d'emblée exclu que celle-ci compare l'efficacité des gestionnaires de réseau en limitant son examen à certains types de coûts et puisse ordonner une réduction des tarifs au regard de positions clés. Ainsi, le simple fait d'assurer un approvisionnement de base selon un tarif globalement inférieur à celui des autres gestionnaires de réseau ne démontre pas forcément que la tâche en question est exécutée de manière efficiente, ni n'empêche l'EiCom d'ordonner une réduction dudit tarif sur la base d'un calcul des coûts imputables (cf. ATF 142 II 451 consid. 6.3.2 p. 478).

E. 7.3

S'agissant plus précisément du contenu matériel de la règle des "95 et 150 fr.", déjà exposée plus haut (cf. supra consid. 5.3), la Cour de céans a retenu dans son ATF 142 II 451 qu'elle avait le mérite de tenir compte, dans une certaine mesure, des différences structurelles auxquelles devaient faire face les gestionnaires de réseau dans l'accomplissement de leurs tâches d'approvisionnement de base en électricité. En reconnaissant une limite supérieure de 150 fr. de "coûts de gestion (bénéfice inclus)" par consommateur, ce qui correspondait à plus du double de la valeur médiane de 74 fr. constatée par l'EiCom, elle permettait des structures de coûts très différentes. Le Tribunal fédéral a pour le reste admis que cette règle, qui n'était assurément pas la seule solution envisageable pour contrôler les tarifs en matière d'électricité, se révélait passablement schématique, voire simpliste (ATF 142 II 451 consid. 6.4.1 p. 479). Il s'avérait toutefois que son application au cas d'espèce n'empêchait pas le gestionnaire de réseau recourant d'obtenir un bénéfice d'environ 20 fr. par consommateur, soit près de 3'000'000 fr. au total, dès lors que ses coûts de gestion effectifs se montaient à

environ 130 fr. par client, respectivement à 19'500'000 fr. au total. A l'inverse, on ne pouvait reprocher à l'ElCom d'avoir considéré, en application de la règle des "95 et 150 fr.", que le bénéfice de 6'300'000 fr. qu'avait initialement obtenu la recourante en lien avec 150'000 clients était exagéré (ATF 142 II 451 consid. 6.4.2 p. 479).

E. 7.4

Comme cela ressort de l' ATF 142 II 451 , il n'existe aucune raison de procéder à une remise en cause de la règle des "95 et 150 fr." dans son principe. Il ne s'agit pas d'en apprécier la légalité de manière abstraite, en envisageant toutes ses potentielles applications, mais uniquement de savoir si, dans le cas d'espèce, cette règle conduit à un résultat conforme au droit. Il s'ensuit que la Ville de Lausanne se plaint en vain du fait que la méthode de l'ElCom n'inciterait pas réellement les entreprises à améliorer leur efficacité, dans la mesure où elle autorise des coûts de gestion effectifs bien plus élevés que les coûts médians constatés par l'autorité précitée elle-même. Il ne lui est pas non plus loisible de remettre en cause abstraitement cette méthode - confirmée par la Cour de céans avant la décision de première instance de l'ElCom - en se plaignant de ne pas avoir eu accès à l'ensemble des données ayant servi à son établissement, étant précisé que ces données ne constituent pas des pièces du dossier. On relèvera enfin que l'intéressée, qui se prévaut de sa meilleure efficacité par rapport à d'autres distributeurs, ne conteste pas les chiffres retenus par les autorités précédentes s'agissant de ses coûts de gestion effectifs, à savoir 73 fr. 55 et 63 fr. 95 par client en 2009 et 2010. Appliquée à sa situation, la règle des "95 et 150 fr." lui permet de réaliser un gain de 21 fr. 45, respectivement de 31 fr. 05 par client pour chacune des années considérées. La Ville de Lausanne obtient donc une marge bénéficiaire qui ne peut être qualifiée d'exagérément basse au regard de ses coûts effectifs. Sous cet angle, elle ne peut se plaindre du fait que la règle des "95 et 150 fr." la priverait de toute liberté dans la fixation de ses tarifs.

E. 8

La recourante conteste enfin le système des différences de couverture qui lui a été appliqué.

E. 8.1

L'ElCom a considéré dans sa décision du 15 décembre 2016 que les gains injustifiés obtenus en raison d'une tarification "non équitable" au sens de l' art. 6 al. 1 LApEl devaient, en principe, être compensés par une réduction tarifaire, conformément à l' art. 19 al. 2 OApEl . Elle a donc ordonné à la Ville de Lausanne de rembourser les excédants de couverture à ses consommateurs finaux en suivant sa Directive 1/2012 relative aux "Différences de couverture des années précédente", qui concrétise la disposition qui précède. Le Tribunal administratif fédéral a confirmé cette manière de procéder en arguant qu'aux termes des art. 22 al. 2 let. b

in fine LApEl, l'autorité intimée pouvait ordonner une réduction ou interdire une augmentation des tarifs de l'électricité. Il en découlait que l'ElCom pouvait intervenir sur les tarifs de manière

ex post (en exigeant une réduction des tarifs) ou

ex ante (en s'opposant à une augmentation). S'agissant d'une intervention

ex post , l'autorité précédente a relevé que l' art. 19 al. 2 OApEl , qui codifiait le système dit "des différences de couverture", autorisait plus précisément l'ElCom à ordonner la compensation au moyen d'adaptations des tarifs les années suivantes non seulement en

matière d'utilisation du réseau, mais également s'agissant de la fourniture d'électricité. Ce système était en l'occurrence valablement concrétisé par la Directive 1/2012 de l'ElCom, devenue aujourd'hui la Directive 2/2019, et s'appliquait pleinement à la compensation des différences de couverture pour les tarifs relevant de l'approvisionnement de base en énergie.

E. 8.2

La Ville de Lausanne indique pour sa part que le système des différences de couverture a été instauré par la Directive 4/2010 de l'ElCom en lien avec le contrôle des tarifs d'utilisation du réseau, à l'exclusion des tarifs d'approvisionnement en énergie. Elle souligne de plus que la version allemande de la Directive 1/2012, édictée ultérieurement en remplacement de cette première directive, ne se rapporte qu'aux tarifs relevant de l'utilisation du réseau. A tout cela s'ajoute qu'aucune des directives précitées n'étaient publiées au moment où la présente procédure a été ouverte. Les appliquer au cas d'espèce reviendrait à négliger la protection de la bonne foi des administrés. Quoi qu'il en soit, le système des différences de couverture telle qu'appliquée par les autorités précédentes nécessiterait, selon la recourante, une base légale suffisamment claire et précise, inexistante en l'espèce. L'art. 22 al. 2 let. b LApEl ne couvrirait pas le cas - litigieux en la cause - d'une correction tarifaire portant sur des périodes de facturation très anciennes, ce d'autant moins que l'ElCom jouit, si elle le veut, du pouvoir d'intervenir rapidement par le biais de mesures provisionnelles lorsqu'il existe des soupçons de tarification abusive. Quant à l'art. 19 al. 2 OApEl, il ne se rapporte, selon sa lettre, qu'à des "gains injustifiés". Or, des tarifs inférieurs au prix du marché, quand bien même ils seraient trop élevés selon la méthode "

cost-plus", ne peuvent engendrer des gains "injustifiés", selon la Ville de Lausanne. Celle-ci indique enfin que le système des différences de couverture, tel qu'il est conçu, n'est pas apte à compenser une tarification prétendument trop élevée. En effet, les nombreux clients qui ont quitté le réseau de distribution depuis 2009 et 2010 ne peuvent profiter d'une telle compensation. A l'inverse, d'autres clients vont en bénéficier du simple fait qu'ils se sont entretemps installés en Ville de Lausanne. Les différentes bases légales existantes ne suffisent ainsi pas à fonder une obligation de remboursement qui revêt en réalité un caractère plus pénal que compensatoire.

E. 8.3

D'après l'art. 22 al. 2 let. b, 3e phrase, LApEl, l'ElCom peut ordonner une réduction ou interdire une augmentation des tarifs. Au regard de la 1ère phrase de la norme, une réduction de tarif peut en outre concerner la rémunération pour l'utilisation du réseau, mais aussi la problématique de l'approvisionnement en électricité (cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.2 p. 466). La faculté d'ordonner une réduction des tarifs dans le domaine de l'approvisionnement de base repose ainsi sur une base légale claire. En réalité, la seule question qui ne reçoit pas une réponse immédiatement claire à la lecture des dispositions légales applicables en l'espèce est celle du moment à partir duquel - ou jusque auquel - une telle décision peut rétroagir.

E. 8.4

Par le passé, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de considérer, dans des affaires relevant de la tarification de l'utilisation du réseau, qu'il serait problématique pour l'ElCom d'ordonner des réductions de tarifs par avance, en évaluant les coûts imputables probables sur la base de simples pronostics. Il est en effet impossible d'établir si les tarifs prévus par le gestionnaire de réseau sont véritablement illicites. Il en a conclu que les gains injustifiés,

pouvant découler d'une tarification trop élevée en matière d'utilisation du réseau, devaient forcément être compensés après coup durant des années ultérieures (cf. arrêt 2C_367/2012 du 20 novembre 2012 consid. 3.6; voir aussi ATF 137 III 522 consid. 1.5 p. 527 s. ainsi que les arrêts 2C_969/2013 du 19 juillet 2014 consid. 5.2.2, 2C_412/2012 du 27 mars 2013 consid. 1.4.3 et 2C_572/2012 du 27 mars 2013 consid. 3.4.3). Autrement dit, le Tribunal fédéral a déjà reconnu qu'une réduction des tarifs

a posteriori était envisageable et qu'elle passait nécessairement par une procédure de compensation des trop-perçus obtenus. De telles considérations ont certes été développées en lien avec des tarifs relatifs à l'utilisation du réseau. Rien ne justifie toutefois de ne pas les reprendre telles quelles s'agissant du contrôle des tarifs de l'approvisionnement de base en électricité, qui repose également sur une approche orientée sur les coûts (supra consid. 6) et qui intervient également

ex post (cf. d'ailleurs la version actuelle de l' art. 6 al. 5 LApEl qui dispose que les gestionnaires de réseau sont tenus de répercuter proportionnellement sur les consommateurs captifs le bénéfice qu'ils tirent du libre accès au réseau, "

au besoin au moyen d'adaptations des tarifs les années suivantes ").

E. 8.5

L'art. 19 Abs. 2 OApEl, qui mentionne un devoir de compensation à l'égard des "gains injustifiés", ne fait pour sa part que concrétiser le cadre légal qui vient d'être exposé, dont il constitue une norme d'exécution (cf. art. 30 al. 2 LApEl). Il n'est ainsi pas possible de retenir, comme le prétend la Ville de Lausanne, que cette norme prévoit seulement une rétrocession partielle des trop-perçus, épargnant les gains obtenus conformément à une logique commerciale. Un contrôle des tarifs fondé sur les coûts, tel qu'il est prévu par la loi (cf. supra consid. 6 et 7), implique forcément que les gestionnaires de réseau obtiennent des "gains injustifiés" d'un point de vue juridique chaque fois que leurs tarifs surpassent les coûts imputables admis par l'ElCom.

E. 8.6

Il n'y a pas lieu, non plus, de remettre en question les Directives 4/2010 et 1/2012 de l'ElCom dans la mesure où elles ne font que répéter ou mettre en oeuvre la réglementation légale qui précède. La Ville de Lausanne ne peut pour sa part rien retirer en sa faveur de leur publication tardive, ni de leur contenu équivoque sous l'angle du principe de la protection de la bonne foi. Des directives administratives ne peuvent modifier la loi. En l'occurrence, puisque la LApEl prévoit la possibilité d'ordonner une réduction des tarifs a posteriori en matière d'approvisionnement de base en électricité, il importe peu que la Directive 4/2010, à l'instar de la version allemande de la Directive 1/2012, ne l'envisage qu'en matière de tarification de l'utilisation du réseau. Dans son ATF 142 II 451 , le Tribunal fédéral a du reste déjà confirmé un ordre de compensation selon le système des différences de couverture fondé sur la seconde directive précitée. Il est enfin vrai qu'une telle compensation, compte tenu de son caractère différé, ne bénéficiera pas forcément à ceux qui ont dû payer leur électricité à un tarif trop élevé, dès lors que le cercle des consommateurs captifs de la Ville de Lausanne a évolué depuis 2009 et 2010 (cf. ATF 142 II 451 consid. 3.7 p. 463). Cette légère incohérence systémique, qui est inévitable, ne peut avoir pour conséquence d'empêcher à elle seule toute compensation.

E. 8.7

On notera enfin que la Ville de Lausanne ne prétend pas dans son recours du 30 septembre 2019 qu'il conviendrait d'appliquer à son cas la nouvelle version de l' art. 6 al. 5 LApEl , entrée en vigueur le 1er juin 2019, selon laquelle les gestionnaires de réseau qui ont tiré un bénéfice de l'accès au réseau sans le répercuter proportionnellement sur les consommateurs captifs, ne sont pas tenus de procéder à de "telles" adaptations de leurs tarifs ("

solch[e] Tarifanpassungen " ou "

siffati adeguamenti ") lorsque le bénéfice en question date de plus de cinq ans.

La révision légale précitée découle originellement de la volonté du Conseil des Etats de corriger les effets de l' ATF 142 II 451 et de la méthode dite "des prix moyens" de l'ElCom. En décembre 2016, la Chambre haute a ainsi proposé de supprimer l' art. 6 al. 5 LApEl et ainsi de renforcer la position des exploitants de réseaux de distribution qui produisaient eux-mêmes de l'électricité, en particulier lorsqu'ils avaient recours à l'énergie hydraulique. Ces exploitants devaient pouvoir fournir l'électricité en question à son prix de revient dans le cadre de l'approvisionnement de base. Parallèlement, le Conseil des Etats avait imaginé une disposition transitoire prévoyant une application rétroactive de la modification législative envisagée (cf. BO 2016 CE 1053-1057, 1064 s. et 1069). Le Conseil national s'est toutefois opposé à une telle révision, tant dans son principe même qu'en ce qui concernait son effet rétroactif. Ce désaccord des Chambres fédérales a donné lieu une procédure d'élimination des divergences et, finalement, à une conférence de conciliation, laquelle a élaboré les nouveaux art. 6 al. 5 et 5bis LApEl (cf. BO 2017 CE 585-587 et 590; 2017 CN 1538-1540; 2017 CE 823-824; 2017 CN 1962-1968; 2017 CE 988-990; 2017 CN 2123-2128). Les débats intenses menés à l'Assemblée fédérale montrent que la révision en question, finalement adoptée le 15 décembre 2017, visait uniquement à permettre aux gestionnaires de réseau de répercuter leurs coûts de production élevés d'électricité à partir d'énergie renouvelable (en particulier hydraulique) sur les tarifs de l'approvisionnement de base. Elle ne tendait en revanche pas à remettre en question le principe selon lequel la tarification de cet approvisionnement devait être "équitable" au sens de l' art. 6 al. 1 LApEl (cf. BO 2016 CE 1064; 2017 CN 2128). Il découle ainsi de l'interprétation historique de l' art. 6 al. 5 LApEl que la limitation temporelle de l'obligation d'adaptation des tarifs que cette norme prévoit ne concerne que les cas dans lesquels les gestionnaires produiraient de l'électricité issue d'énergie renouvelable à un prix supérieur à celui du marché. Elle ne s'applique pas, de manière générale, à toutes les procédures dans lesquelles l'équité d'un tarif (art. 6 al. 1 LApEl) est niée et une compensation des trop-perçus ordonnée.

En l'occurrence, la Ville de Lausanne ne prétend pas vouloir répercuter sur ses clients captifs ses coûts de production électrique à partir d'énergie (hydraulique) renouvelable. Elle entend au contraire faire supporter à ces consommateurs les achats d'énergie qu'elle opère à un prix plus élevé sur le marché. Elle n'invoque du reste elle-même pas le bénéfice des nouveaux al. 5 et 5bis de l' art. 6 LApEl , seulement une mauvaise application de son al. 1. La limite temporelle que cette réglementation prévoit ne trouve dès lors pas application en la cause.

E. 8.8

Il résulte de ce qui précède que l'ordre de compensation donnée à la recourante pour les années 2009 et 2010 est conforme à la LApEl et à ses dispositions d'exécution.

E. 9

Il reste encore à examiner la question de l'intérêt courant sur le montant à rembourser par la recourante, dès lors que les avis des parties divergent sur ce point (cf. supra consid. 3.3).

E. 9.1

Le Tribunal administratif fédéral est en l'occurrence parti de l'idée qu'en rendant sa décision, l'ElCom avait valablement ordonné le paiement d'un intérêt et que le taux de ce dernier correspondait au WACC. De son côté, la recourante ne conteste pas avoir été condamnée à payer un tel intérêt, mais considère qu'une telle obligation, comme le taux d'intérêt imposé, ne se fonde sur aucune base légale.

E. 9.2

Il n'est en l'occurrence pas nécessaire de se pencher en détail sur la question de l'intérêt dû par la recourante en lien avec les montants qu'elle doit rétrocéder à ses clients captifs de l'approvisionnement de base. Il s'avère en effet que l'ElCom n'a pas expressément ordonné le paiement d'un intérêt dans sa décision du 15 décembre 2016, ni d'ailleurs fixé le taux qu'il conviendrait de lui appliquer. Elle a juste décidé que les montants perçus en trop "devront être remboursés aux consommateurs finaux conformément à la Directive 1/2012 de l'ElCom concernant les différences de couverture". Or la directive précitée n'envisage pas explicitement de taux d'intérêt en lien avec le contrôle des tarifs en matière d'approvisionnement de base en électricité. Elle dispose uniquement que "[l]e solde ressortant du formulaire doit se voir appliquer le taux d'intérêt en vigueur (cf. directive de l'ElCom relative au calcul du taux d'intérêt des valeurs patrimoniales nécessaires à l'exploitation des réseaux)". La version allemande de la Directive 1/2012 semble pour sa part indiquer encore plus clairement que l'intérêt précité ne s'applique qu'à l'utilisation du réseau ("

für das Netz vgl. Weisungen der ElCom zur Berechnung des Zinssatzes für betriebsnotwendige Vermögenswerte"). Force est ainsi de constater que, selon son texte clair, la Directive 1/2012 n'envisage d'intérêt qu'en lien avec les valeurs patrimoniales nécessaires à l'exploitation des réseaux, sans s'intéresser à la question des intérêts pouvant courir en cas de trop-perçus relevant de l'approvisionnement de base en électricité.

Dès lors que la Directive 1/2012 ne prévoit aucun intérêt en lien avec la problématique du contrôle des tarifs relevant de l'approvisionnement de base en électricité, le renvoi opéré à ce document par l'ElCom dans sa décision du 16 décembre 2016 n'a aucune portée. L'autorité intimée n'a ainsi ordonné le paiement d'aucun intérêt en lien avec les sommes que la recourante doit rétrocéder à ses consommateurs captifs pour 2009 et 2010. Il n'en va pas différemment du Tribunal administratif fédéral, qui ne s'est pas prononcé sur le taux des intérêts prétendument dû et qui n'a formellement procédé à aucune réforme de la décision au détriment de la recourante (cf. art. 62 al. 2 et 3 PA en lien avec l' art. 37 PA). Une telle reformatio in pejus est enfin interdite devant le Tribunal fédéral (cf. art. 107 al. 1 LTF ; ATF 144 II 233 consid. 2.3).

E. 9.3

Sur le vu de ce qui précède, il convient de constater que la Ville de Lausanne ne doit aucun intérêt sur les trop-perçus qu'elle est tenue de rembourser à ses clients captifs. Partant, il n'est pas nécessaire de se demander si un tel intérêt peut être ordonné dans son principe et correspondre au WACC, lequel apparaît au demeurant passablement élevé si l'on tient compte de la durée prévisible des procédures de contrôle de tarification.

E. 10

Sur le vu de ce qui précède, le recours apparaît mal fondé. Il doit néanmoins être rejeté dans le sens des considérants (cf. supra consid. 9.3), dans la mesure où les parties partaient apparemment de divers présupposés erronés en lien avec la question de l'intérêt courant sur les trop-perçus de la Ville de Lausanne (cf. supra consid. 9.1).

E. 11

Succombant, la Ville de Lausanne, qui est touchée dans ses intérêts patrimoniaux, doit supporter un émolument judiciaire (art. 66 al. 1 et 4 LTF). L'ElCom n'a droit à l'allocation d'aucuns dépens (art. 68 al. 3 LTF).

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