

BVGer A-385/2022 vom 15. Juni 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-06-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-385_2022

FR: TAF A-385/2022 du 15 juin 2022

IT: TAF A-385/2022 del 15 giugno 2022

Regeste

Energie (divers)

Erwägungen

E. 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.

E. 1.1

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (art. 31, 32, 33 let. f LTAF, art. 23 de la loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité [LApEl, RS 734.7] et art. 5 PA). La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (art. 48 al. 1 PA).

E. 1.2

Dans son mémoire de recours, la recourante conclut notamment à ce qu'il soit constaté que l'ElCom n'est pas compétente, qu'elle a correctement imputé les coûts d'énergie et que la différence de couverture ne peut être calculée en application de la méthode du prix moyen et du taux WACC de production décidé par l'ElCom qu'à partir de l'année 2019.

E. 1.2.1

En vertu de l'art. 25 al. 2 PA, une demande en constatation n'est recevable que lorsque la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit est commandée par un intérêt digne de protection, à savoir un intérêt actuel de droit ou de fait auquel ne s'opposent pas de notables intérêts publics ou privés, et à condition que cet intérêt ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits ou d'obligations (cf. ATF 126 II 300 consid. 2c ; ATAF 2010/12 consid. 2.3).

L'intérêt digne de protection fait généralement défaut lorsque la partie peut obtenir en sa faveur un jugement condamnatore ; en ce sens, le droit d'obtenir une décision en constatation est subsidiaire (cf. André Grisel, Traité de droit administratif, vol. II, 1984, p. 867).

E. 1.2.2

En l'occurrence, les conclusions susmentionnées ne sont pas, à proprement parler, des conclusions constatatoires, mais plutôt « préparatoires » ou « préjudicielles ». Autrement dit, il s'agit de griefs qui pourraient constituer un motif d'annulation ou de réforme de la

décision et qu'il y aura lieu d'examiner au fond. En tant que telles, les conclusions en constatation de la recourante sont donc irrecevables, cette dernière ayant, en tout état de cause, conclu principalement à l'annulation de la décision attaquée et subsidiairement au renvoi de la cause.

E. 1.3

Au surplus, les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme du mémoire, ainsi qu'à l'avance de frais (art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont respectées. Le recours est, partant, recevable.

E. 2

Le recours peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, ainsi que pour inopportunité, sauf si une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 PA).

E. 2.1

Le Tribunal administratif fédéral fait cependant preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son pouvoir d'examen lorsque la nature des questions litigieuses qui lui sont soumises l'exige, singulièrement lorsque leur analyse nécessite des connaissances spéciales ou encore lorsqu'il s'agit de circonstances locales que l'autorité qui a rendu la décision connaît mieux (cf. ATF 131 II 680 consid. 2.3.3 ; arrêts du TAF A-699/2017 du 26 août 2019 consid. 2.2 et A-379/2016 du 8 septembre 2016 consid. 2.2). Si une autorité indépendante, prévue par la loi, avec des connaissances techniques spéciales fait office d'autorité inférieure, le Tribunal doit respecter son pouvoir d'appréciation technique. Pour autant que l'autorité spécialisée compétente ait examiné les aspects essentiels pour la décision et soigneusement effectué les clarifications nécessaires de manière complète, le Tribunal ne peut s'écarter de son appréciation que s'il a des raisons pertinentes pour le faire. L'ElCom constitue une telle autorité spécialisée (art. 21 LApEl ; cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.1, 139 II 185 consid. 9.3 et 138 II 77 consid. 6.4 ; arrêts du TAF A-699/2017 précité consid. 2.2, A-321/2017 du 20 février 2019 consid. 2 et A-1344/2015 du 28 juin 2018 consid. 2.1). Elle-même ne peut intervenir qu'en cas de violation de la loi et ne peut pas s'immiscer dans le pouvoir d'appréciation des gestionnaires de réseau. Le Tribunal administratif fédéral doit faire preuve de la même retenue et ne peut pas non plus intervenir dans la marge d'appréciation des gestionnaires de réseau. Il doit également veiller à ce que l'ElCom respecte cette marge d'appréciation (cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.2 ; arrêts du TF 2C_969 du 19 juillet 2014 consid. 7.4 et 2C_367/2012 du 20 novembre 2012 consid. 2.2 et 3.4.1 ; arrêt du TAF A-321/2017 précité consid. 2).

E. 2.2

La procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que l'autorité administrative constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu à l'administration de preuves par les moyens idoines (art. 12 PA). La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (art. 13 PA ; cf. ATF 143 II 425 consid. 5.1 et 140 II 65 consid. 3.4.2 ; ATAF 2013/32 consid. 3.4.2). La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu de l'art. 37 LTAF. Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit, dans ce cas, pas d'un établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure.

Dans ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-1843/2021 du 6 décembre 2021 consid. 2.2, A-646/2020 du 2 décembre 2021 consid. 2.2, A-5373/2020 du 13 octobre 2021 consid. 2.2).

E. 2.3

Le Tribunal administratif fédéral 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 attaquée (cf. arrêt du TF 1C_214/2005 du 6 novembre 2015 consid. 2.2.2 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2 et 2009/57 consid. 1.2). 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 (cf. ATAF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2).

E. 3

La loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl, RS 734.7) a pour objectif de créer les conditions propres à assurer un approvisionnement en électricité sûr ainsi qu'un marché de l'électricité axé sur la concurrence (art. 1 al. 1 LApEl).

E. 3.1

Selon l'art. 6 LApEl, les gestionnaires d'un réseau de distribution prennent les mesures requises pour pouvoir fournir en tout temps aux consommateurs captifs et aux autres consommateurs finaux de leur zone de desserte qui ne font pas usage de leur droit d'accès au réseau la quantité d'électricité qu'ils désirent au niveau de qualité requis et à des tarifs équitables (al. 1). Ils fixent dans leur zone de desserte un tarif uniforme pour les consommateurs captifs raccordés au même niveau de tension et présentant les mêmes caractéristiques de consommation. Les tarifs sont valables pour un an au moins et font l'objet d'une publication présentant séparément l'utilisation du réseau, la fourniture d'énergie, les redevances et les prestations fournies à des collectivités publiques (al. 3). Les gestionnaires d'un réseau de distribution sont tenus de répercuter proportionnellement sur les consommateurs captifs le bénéfice qu'ils tirent du libre accès au réseau (al. 5).

E. 3.2

L'EiCom surveille le respect des dispositions de la LApEl, prend les mesures et rend les décisions nécessaires à son exécution et à celle de ses dispositions d'exécution (art. 22 al. 1 LApEl). Elle est notamment compétente pour vérifier d'office les tarifs et la rémunération pour l'utilisation du réseau ainsi que les tarifs de l'électricité. Elle peut ordonner une réduction ou interdire une augmentation (art. 22 al. 2 let. b LApEl). En vue de vérifier les tarifs et les rémunérations pour l'utilisation du réseau ainsi que les tarifs d'électricité, l'EiCom compare les niveaux d'efficacité des gestionnaires de réseau. Elle collabore pour cela avec les milieux concernés. Elle tient compte des différences structurelles sur lesquelles les entreprises n'ont pas de prise et de la qualité de l'approvisionnement. Dans la comparaison des coûts imputables, elle prend également en considération le degré d'amortissement. Son appréciation intègre des valeurs de référence internationales (art. 19 al. 1 de l'ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité [OApEl, RS 734.71]). Elle ordonne la compensation, par réduction tarifaire, des gains injustifiés dus à des tarifs d'utilisation du réseau ou à des tarifs d'électricité trop élevés (art. 19 al. 2 OApEl).

E. 4

L'objet du litige porte sur la décision du 7 décembre 2021 et sur la question de savoir si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a corrigé les coûts imputables de l'énergie pour l'année tarifaire 2017, a recalculé la différence de couverture et ordonné à la recourante de rembourser l'excédent à ses consommateurs finaux dans un délai de trois ans.

E. 4.1

La recourante se plaint de ce que l'autorité inférieure s'attendrait également, dans sa décision, à ce qu'elle recalcule les différences de couverture pour les années précédentes sur la base des corrections apportées dans le contrôle et en tienne compte dans le cadre de la fixation de ses tarifs pour les années ultérieures. Elle considère donc que l'objet de la décision portait également sur les exercices antérieurs et postérieurs à l'année contrôlée.

E. 4.2

Ne peut faire l'objet d'une procédure de recours que ce qui constituait déjà l'objet de la procédure devant l'instance inférieure ou ce qui, selon une interprétation correcte de la loi, aurait dû l'être (objet de la contestation ; Streitgegenstand). Les points sur lesquels l'autorité inférieure ne s'est pas prononcée et sur lesquels elle n'était pas non plus tenue de le faire ne peuvent être examinés par l'autorité supérieure. Celle-ci outrepasserait sinon ses compétences fonctionnelles. L'objet de la contestation résulte lui-même du dispositif de la décision attaquée et non de sa motivation. A cet égard, si des doutes demeurent quant à la portée du dispositif, il convient de l'interpréter, stade auquel la motivation de la décision peut servir d'aide. Par ailleurs, si le dispositif renvoie expressément aux considérants, ceux-ci font partie du dispositif dans la mesure du renvoi (cf. arrêts du TF 2C_642/2007 du 3 mars 2008 consid. 2.2 et 2A.121/2004 du 16 mars 2005 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 1.4.1 et 2010/12 consid. 1.2.1 ; arrêt du TAF A-1924/2012 du 31 mai 2013 consid. 2.4.1). C'est en revanche le recourant qui est appelé à définir l'objet du litige (Angfechtungsobjekt) par le biais des conclusions de son recours, les points non contestés de la décision attaquée acquérant force exécutoire formelle. Le recourant ne peut ainsi que réduire l'objet du litige par rapport à l'objet de la contestation ; il ne peut l'élargir ou le modifier, puisque, comme considéré, cela amènerait à une violation de la compétence fonctionnelle de l'autorité supérieure (cf. ATF 136 II 457 consid. 4.2 et 131 II 200 consid. 3.2 ; ATAF 2014/24 consid. 1.4.1 ; arrêts du TAF A-545/2012 du 14 février 2013 consid. 2.5 et A-1626/2010 du 28 janvier 2011).

E. 4.3

En l'occurrence, le dispositif de la décision attaquée ne porte que sur la vérification des coûts imputables de l'énergie pour l'année tarifaire 2017. D'un point de vue formel, comme le relève d'ailleurs à juste titre la recourante dans ses observations finales, les années antérieures ne font pas partie de la procédure. Il n'en va d'ailleurs pas autrement des années postérieures. Dans sa décision, l'autorité inférieure s'est, en effet, limitée à vérifier que les coûts imputables de l'énergie, déclarés par la recourante pour l'année 2017, respectaient la législation applicable. Elle n'a vérifié aucune des données de la recourante concernant les années antérieures ou postérieures. Rien dans la décision attaquée ne permet de parvenir à une conclusion différente. A cet effet, il convient de relever que l'application d'une méthode plutôt que d'une autre pour le calcul des coûts imputables de l'énergie ne relève pas du dispositif de la décision. Il s'agit bien plus d'un moyen de vérifier que la législation applicable a été respectée par les gestionnaires de réseau. Ainsi, l'allusion de l'autorité inférieure selon laquelle elle s'attend à ce que la recourante tienne compte de sa méthode

pour d'autres années tarifaires ne constitue, en réalité, rien de plus que l'expression du principe selon lequel la responsabilité du respect de la législation applicable en matière de calcul des coûts imputables de l'énergie incombe, en premier lieu, aux gestionnaires de réseau. En tant qu'autorité de surveillance, rien n'empêche, en effet, l'autorité inférieure de procéder à un contrôle des coûts imputables de l'énergie pour d'autres années tarifaires si elle considère que la recourante n'a pas respecté ou ne respecte encore pas la législation applicable.

E. 4.4

Il suit de là que l'objet de la décision porte exclusivement sur les coûts imputables de l'énergie pour l'année tarifaire 2017, sur le calcul de l'excédent de couverture et sur les mesures à prendre pour éliminer cet excédent. La recourante ne saurait étendre l'objet de la procédure de recours au contrôle des coûts et tarifs de l'énergie pour les années antérieures ou postérieures à l'exercice contrôlé. Ainsi, il convient formellement de rejeter les griefs de la recourante tendant à ce que l'objet de la procédure de recours soit étendu au calcul de l'excédent de couverture des années antérieures et postérieures à l'année tarifaire 2017. Par conséquent, les griefs de la recourante tendant à démontrer pourquoi il y aurait lieu de choisir une autre méthode de calcul pour les années précédentes et pourquoi la méthode développée par l'ElCom devrait être appliquée seulement à partir de 2019 dépassent le cadre défini par l'objet du litige ; ils sont donc irrecevables.

E. 5

L'art. 6 al. 5 LApEl a été modifié par la loi fédérale du 15 décembre 2017 sur la transformation et l'extension des réseaux électriques (modification de la loi sur les installations électriques et de la loi sur l'approvisionnement en électricité), entrée en vigueur le 1er juin 2019 (cf. RO 2019 1349).

E. 5.1

Désormais, cette disposition précise 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, et qu'ils ne sont pas tenus de procéder à de telles adaptations si le bénéfice de l'exercice concerné date de plus de cinq ans. La loi a également introduit un nouvel al. 5bis qui précise que, s'ils fournissent de l'électricité issue d'énergies renouvelables aux consommateurs captifs, les gestionnaires de réseau peuvent prendre en compte dans leurs tarifs le coût de revient de cette électricité jusqu'à l'expiration de la prime de marché visée à l'art. 30 de la loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l'énergie (LEne, RS 730.0) sans être tenus de prendre en considération le bénéfice visé à l'al. 5. Il n'y a pas de disposition transitoire relative à la modification du 15 décembre 2017.

E. 5.2

En l'absence de dispositions transitoires, la question du droit applicable doit être tranchée par le biais des principes généraux du droit intertemporel (cf. arrêt du TAF A-612/2015 du 4 mars 2016 consid. 3.1.1). D'après les règles générales régissant la détermination du droit applicable (cf. ATF 131 V 425 consid. 5.1), l'application d'une norme à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur est interdite (cf. ATF 137 II 371 consid. 4.2). Il convient ainsi d'appliquer aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause les normes en vigueur au moment où ces faits se sont produits. En dérogation à ce principe, les nouvelles règles de procédure s'appliquent pleinement dès leur entrée en vigueur aux

causes qui sont encore pendantes (cf. ATF 137 II 409 consid. 7.4.5). Enfin, l'autorité de recours doit appliquer le droit en vigueur au jour où l'autorité de première instance a statué (cf. ATF 141 II 393 consid. 2.4).

E. 5.3

En l'occurrence, l'autorité inférieure a procédé au contrôle des coûts imputables de l'énergie de la recourante pour l'année tarifaire 2017. Elle a donc, à juste titre, appliqué les règles matérielles de la LApEI dans sa version au 1er juin 2015 et l'OApEI dans sa version au 1er janvier 2017. La recourante se plaint certes d'une violation du principe de non-rétroactivité en raison d'un changement de pratique (sur ce point, cf. infra consid. 9.1). Elle ne remet toutefois pas en cause le principe selon lequel il y a lieu de tenir compte de la législation susmentionnée. Il convient donc de s'y référer dans l'examen du présent recours.

E. 6

Ceci étant, la recourante fait d'abord valoir que l'autorité inférieure n'était pas compétente pour procéder au contrôle des coûts imputables de l'énergie.

E. 6.1

Elle soutient qu'il n'appartient pas à l'ElCom de fixer les tarifs d'électricité de l'approvisionnement de base et que cette compétence reviendrait exclusivement aux gestionnaires de réseau, ce qui exclurait toute possibilité de contrôle ex ante des tarifs de l'électricité et des coûts imputables de l'énergie. Elle prétend que l'autorité inférieure ne pourrait agir qu'en cas de violation avérée de la loi, mais qu'elle ne peut s'immiscer dans le pouvoir d'appréciation des gestionnaires de réseau. Dès lors qu'elle allègue n'avoir commis aucune violation de la loi, elle est d'avis que l'ElCom n'était pas compétente pour procéder à un contrôle.

E. 6.2

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office les conditions formelles de validité et de régularité de la procédure, soit également le point de savoir si c'est à juste titre que l'autorité inférieure est entrée en matière sur une requête ou a ouvert d'office une procédure. En effet, les règles attributives de compétence, telles qu'elles sont fixées par une loi ou une ordonnance sont impératives, sauf si une disposition spéciale ou une norme générale prévoient la faculté d'y déroger. S'il s'avère que l'autorité inférieure n'était pas compétente pour statuer, le recours devra être admis pour une raison formelle et non matérielle - c'est-à-dire sans examen au fond - et la décision attaquée annulée ou, selon les cas, déclarée nulle (cf. arrêt du TAF A-5658/2013 du 18 août 2014 consid. 2.2).

E. 6.3

A teneur de l'art. 22 al. 1 LApEI, l'ElCom surveille le respect des dispositions de la loi, prend les mesures et rend les décisions nécessaires à l'exécution la législation en matière d'approvisionnement en électricité. Elle est en particulier compétente pour vérifier, d'office ou en cas de litige, les tarifs et la rémunération pour l'utilisation du réseau ainsi que les tarifs de l'électricité (art. 22 al. 2 let. a et b LApEI). De même, elle est compétente pour ordonner la compensation, par réduction tarifaire, des gains injustifiés dus à des tarifs d'utilisation du réseau ou à des tarifs d'électricité trop élevés (art. 19 al. 2 OApEI).

E. 6.4

En l'occurrence, l'ElCom a ouvert, le 28 mai 2019, une procédure portant sur le contrôle des coûts imputables de l'énergie de la recourante pour l'année tarifaire 2017. La vérification portait notamment sur le respect des règles prévues par la législation en matière d'approvisionnement en électricité. L'ElCom a d'abord corrigé le montant des coûts imputables de l'énergie et recalculé ensuite la différence de couverture en connaissance de cause. Elle a enfin ordonné la compensation, par réduction tarifaire, de l'excédent de couverture. On ne saisit dès lors pas en quoi l'autorité inférieure n'aurait, ce faisant, pas agit dans le cadre de ses compétences en tant qu'autorité de surveillance. En ouvrant un contrôle, le 28 mai 2019, portant sur l'année tarifaire 2017, elle n'a manifestement pas procédé à la fixation ex ante des tarifs de l'électricité de la recourante, mais a contrôlé ex post si ceux-ci avaient été correctement déterminés par la recourante en conformité avec la législation applicable en matière d'approvisionnement en électricité. A ce titre, il y a lieu de rappeler que l'ouverture d'un contrôle débute nécessairement sur la base de simples indices d'une ou plusieurs violations de la législation applicable dont il appartient ensuite à l'ElCom de vérifier et d'étayer le fondement afin de déterminer s'il y a réellement lieu ou non d'en retenir l'existence ; ces indices n'expriment, au moment de l'ouverture du contrôle, qu'une éventualité dans le contexte duquel il lui appartient ensuite de réunir les éléments à charge et à décharge du gestionnaire de réseau.

E. 6.5

Ainsi, en prétendant que l'ElCom ne serait pas compétente pour procéder à un contrôle de ses tarifs parce qu'elle n'aurait commis aucune violation de la loi, la recourante se plaint bien plus que l'autorité inférieure aurait abusé ou excédé de son pouvoir d'appréciation, ce qui devra être examiné dans le cadre d'un contrôle de la conformité matérielle - et non formelle - de la décision. L'autorité inférieure était, par conséquent, bien compétente pour ouvrir un contrôle portant sur l'année tarifaire 2017 et pour rendre une décision en ce sens. Les griefs de la recourante tendant à ce que la décision attaquée soit annulée en raison de l'incompétence de l'autorité inférieure doivent donc être rejetés.

E. 7

La recourante fait ensuite valoir que l'autorité inférieure aurait violé le principe de la protection de la bonne foi et de la confiance.

E. 7.1

Elle rappelle que l'ElCom avait validé sa façon de calculer ses coûts imputables de l'énergie lors d'un précédent contrôle portant sur l'année tarifaire 2009. Il convient donc d'examiner si la recourante peut, de bonne foi, se prévaloir du résultat de ce contrôle.

E. 7.2

Le principe de la protection de la bonne foi, ancré à l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), confère à une personne le droit à la protection de la confiance légitime qu'elle peut avoir dans les assurances données par les autorités ou dans tout autre comportement des autorités fondant certaines attentes, pour autant que ces assurances ou ce comportement se rapportent à une affaire concrète touchant la personne concernée. Cela peut avoir pour conséquence qu'une disposition légale ne soit pas appliquée dans un cas particulier et qu'une décision contraire à l'ordre légal soit prise. Cette protection présuppose qu'une autorité a fourni à la personne concernée un renseignement ou une assurance concrète, qu'elle était compétente pour le faire, que le destinataire ne pouvait pas se rendre compte de l'inexactitude de l'indication, qu'il a pris des

dispositions irréversibles en se fiant aux renseignements reçus et que la législation applicable n'a pas été modifiée entre le moment où l'information en cause a été donnée et celui où le principe de la bonne foi a été invoqué. Enfin, l'invocation de la bonne foi échoue lorsqu'elle est contrebalancée par des intérêts publics prépondérants (cf. ATF 141 V 530 consid. 6.2, 137 I 69 consid. 2.5.1 et 131 II 627 consid. 6.1 ; arrêts du TAF A-1666/2019 du 8 octobre 2020 consid. 4.2.1 et A-262/2018 du 29 mars 2019 consid. 8.1.1).

E. 7.3

En l'occurrence, l'autorité inférieure a procédé au contrôle, pour l'année tarifaire 2009, de la rémunération pour l'utilisation du réseau et des tarifs de l'électricité de la zone de desserte de la société B._____ SA qui fait également partie du groupe C._____. Cette procédure s'est clôturée par décision du 16 avril 2012. L'autorité y expliquait avoir examiné les coûts de capitaux et d'exploitation, de même que les coûts administratifs y relatifs ainsi que les coûts d'approvisionnement en énergie, mais qu'elle n'en avait pas contrôlé tous les aspects de manière approfondie. A la suite de ce contrôle, l'autorité a notamment effectué des corrections sur le taux WACC de production propre ainsi que sur les coûts imputables de l'énergie la société B._____.

E. 7.4

Ceci étant, il ressort de la décision du 16 avril 2012 que l'autorité inférieure a attiré l'attention de la société contrôlée, de manière claire et explicite, sur le fait qu'il ne fallait pas conclure des résultats de son contrôle que la méthode de calcul employée serait acceptée dans ses moindres détails lors d'un examen ultérieur. Elle a précisé, au surplus, que son silence sur un point ne signifiait pas encore son approbation. On ne saurait manifestement et de bonne foi y voir une quelconque forme de garantie ou d'assurance. Bien au contraire, l'autorité a formé, sans le moindre doute possible, des réserves sur l'application ultérieure de la méthode de calcul de la recourante. De telles réserves sont, d'ailleurs, conformes au droit. Le Tribunal a, en effet, déjà eu l'occasion de préciser que le résultat d'une procédure formelle de contrôle des coûts imputables de l'énergie ne constituait pas encore une garantie ou une assurance donnée au gestionnaire de réseau qu'il ne ferait plus l'objet d'un contrôle ultérieur, quand bien même il déclarerait ses coûts selon les mêmes principes que ceux admis lors du premier contrôle (cf. arrêt du TAF A-1360/2019 du 9 décembre 2019 consid. 4.2.3). L'ElCom demeure, en effet, libre de mener une procédure formelle pour chaque année tarifaire. Elle doit pouvoir vérifier, en tout temps, que les coûts et tarifs des gestionnaires de réseau sont conformes à la loi et que les différences de couverture sont compensées ultérieurement (cf. arrêt A-1360/2019 précité consid. 4.2.3). Ce n'est que lorsque l'autorité ne formule pas rapidement des objections, après avoir reçu le relevé annuel qui a pour but de fournir des données complètes et qui constitue un récapitulatif de tous les coûts et des bases de calcul des tarifs, que le gestionnaire de réseau pourrait, selon les circonstances, en déduire a posteriori l'assurance ou la garantie que les tarifs et les coûts effectifs déclarés sont conformes au droit (cf. arrêt A-1360/2019 précité consid. 4.2.4). En l'occurrence, l'autorité inférieure a informé la recourante, déjà pour la première fois le 27 février 2017, que ses tarifs de l'approvisionnement de base et ses coûts imputables de l'énergie ne semblaient pas conformes à la législation applicable. Elle a cependant indiqué attendre l'issue des débats parlementaires alors en cours avant d'ouvrir une procédure de contrôle formelle. Il s'ensuit que la recourante ne pouvait plus, depuis le 27 février 2017, considérer de bonne foi que ses tarifs et coûts de l'électricité seraient acceptés sans réserve.

E. 7.5

Sur le vu de ce qui précède, la recourante ne saurait donc se prévaloir du résultat de la décision du 16 avril 2012 pour invoquer la protection de sa confiance. Elle ne pouvait, en se comportant de bonne foi, partir du principe que ses coûts et tarifs seraient acceptés sans réserve. Il en va ainsi non seulement de la façon dont elle comptabilisait ses coûts d'approvisionnement en électricité sur le marché, mais également de la manière dont elle calculait ses coûts de production propre et fixait le taux WACC de production.

E. 8

Sur le fond, la recourante considère que la décision attaquée viole à différents égards la notion de tarifs équitables de l'art. 6 al. 1 LApEl. A titre liminaire, il convient de présenter brièvement le cadre de la méthode employée par l'ElCom pour contrôler le caractère équitable des tarifs de l'approvisionnement de base et les points de cette méthode qui sont contestés par la recourante.

E. 8.1

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 ». La recourante et l'autorité inférieure défendent des avis divergents quant à l'interprétation à donner au terme « équitable » utilisé par cette disposition. L'ElCom privilégie une interprétation de l'art. 6 al. 1 LApEl qui tienne compte des coûts pouvant être imputés à l'approvisionnement de base. Elle a ainsi mis en place une méthode de calcul, contestée sous plusieurs de ses aspects par la recourante. Selon cette méthode, 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. 8.2

S'agissant des coûts de l'approvisionnement en énergie, l'ElCom les divise en « coûts de production propre » et en « coûts d'achat sur le marché ». 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 (taux WACC de production). Quant aux coûts d'achat d'électricité, ils couvrent l'ensemble des achats effectués par le gestionnaire de réseau sur le marché. Dans le cadre du contrôle des coûts de l'approvisionnement en énergie de la recourante, l'ElCom n'a d'abord pas accepté le taux WACC de production de 6.09 % retenu par la recourante dans sa comptabilité analytique. Elle a fixé celui-ci à 4.98 % en se fondant, à cet effet, sur sa directive 3/2018 du 26 avril 2018 sur le WACC de la production et sur le taux fixé chaque année par le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (ci-après : le DETEC) pour le WACC des mesures d'encouragement de la force hydraulique. L'ElCom a ensuite également rejeté les arguments de la recourante selon lesquels il y aurait lieu d'exclure des coûts d'achat sur le marché les achats destinés à couvrir un contrat de fourniture avec un client spécifique (contrat back-to-back), les achats pour propre compte ou spéculatifs, ainsi que ceux effectués pour le compte de revendeurs pour

autant qu'ils ne soient pas destinés à l'approvisionnement de base.

E. 8.3

S'agissant des coûts de gestion (bénéfice inclus), ils comprennent 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 en vérifie la conformité en les reportant par consommateur final, c'est-à-dire par destinataire de factures. Elle part d'une médiane de 74 francs de coûts effectifs par consommateur, calculée à partir des données fournies par 51 grands gestionnaires de réseau en 2010. Partant de cette valeur de référence, elle a développé la règle dite des « 95 et 150 francs », selon laquelle les coûts de gestion, bénéfice inclus, des gestionnaires de réseau se situant en dessous de 95 francs par consommateur ne doivent pas être examinés plus avant (sur le détail de cette règle, cf. arrêt du TF 2C_828/2019 du 16 juillet 2020 consid. 5.3). Dans sa décision, l'ElCom a constaté que la règle des 95 francs était respectée par la recourante. Elle n'a donc apporté aucune correction aux coûts de gestion, bénéfice inclus, de la recourante pour l'année tarifaire 2017. La recourante ne contestant pas ce résultat, il n'y a pas lieu d'y revenir davantage.

E. 8.4

Il s'agit dès lors de s'interroger, dans un premier temps, sur la légalité de la méthode élaborée par l'ElCom pour contrôler le caractère équitable des tarifs de l'approvisionnement de base et sur la question de savoir si c'est à juste titre qu'elle tient compte de l'ensemble des achats effectués sur le marché, y compris les achats destinés à couvrir un contrat de fourniture avec un client spécifique (contrat back-to-back), les achats pour propre compte ou spéculatifs, ainsi que ceux effectués pour le compte de revendeurs (cf. infra consid. 9). Le Tribunal examinera, dans un second temps, si l'autorité inférieure pouvait valablement se fonder sur le taux WACC des mesures d'encouragement de la force hydraulique pour fixer le taux WACC de production et si ce taux correspond à la notion de tarifs équitables de l'art. 6 al. 1 LApEl (cf. infra consid. 10).

E. 9

Comme annoncé ci-dessus, il convient donc d'examiner dans un premier temps les griefs de la recourante en lien avec la méthode élaborée par l'ElCom consistant à tenir compte de l'ensemble des achats d'électricité effectués sur le marché.

E. 9.1

Dans un premier temps, la recourante se plaint d'une violation du principe de non-rétroactivité du droit dans le temps. Elle reproche à l'autorité inférieure d'avoir appliqué à l'année tarifaire 2017 sa nouvelle pratique adoptée le 10 avril 2018.

E. 9.1.1

Elle soutient que la méthode élaborée par l'autorité inférieure consistant à prendre en compte l'ensemble des achats d'électricité effectués sur le marché serait le fruit d'un changement de pratique publié le 10 avril 2018. Elle estime que c'est à tort que l'ElCom a appliqué cette nouvelle pratique au contrôle des coûts et tarifs de l'approvisionnement de base pour l'année 2017. Elle considère que, sous l'empire de l'ancienne pratique, elle aurait été autorisée à affecter l'ensemble de sa production propre à l'approvisionnement de base et que l'ElCom ne prenait en considération dans le calcul des coûts d'approvisionnement en

énergie que les achats destinés à couvrir les besoins en approvisionnement de base, sans tenir compte des achats destinés à couvrir un contrat de fourniture avec un client spécifique (contrat back-to-back), des achats pour propre compte ou spéculatifs, ainsi que des achats effectués pour le compte de revendeurs.

E. 9.1.2

Afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des ordonnances administratives parfois aussi appelées directives, circulaires ou instructions (cf. ATF 121 II 473 consid. 2b). Leur fonction principale est de garantir la prévisibilité administrative et de faciliter le contrôle juridictionnel à travers l'unification et la rationalisation de la pratique (cf. ATAF 2009/15 consid. 5.1). Les ordonnances administratives n'acquièrent cependant pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration (cf. ATF 114 V 315 consid. 5c ; arrêt du TF 8C_81/2020 du 3 août 2020 consid. 3.4). Il n'en reste pas moins que les uns et les autres en tiennent largement compte. Dans la mesure où ces ordonnances assurent une interprétation correcte et équitable des règles de droit, le juge les prendra donc en considération (cf. ATF 132 V 121 consid. 4.4). En revanche, il s'assurera qu'elles ne sortent pas du cadre fixé par la norme supérieure ni ne restreignent ou n'étendent son champ d'application. En d'autres termes, à défaut de lacune, il vérifiera qu'elles ne prévoient pas autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (cf. ATF 133 II 305 consid. 8.1, 123 II 16 consid. 7 et 121 II 473 consid. 2b). Dans ce contexte, les ordonnances administratives sont en principe applicables dans le temps de la même manière que les dispositions qu'elles interprètent, (cf. arrêt du TF 2A.555/1999 du 15 mai 2000 consid. 5a) et, lorsqu'il n'est pas accompagné d'un changement législatif, un changement de pratique justifié vaut en général immédiatement et pour toutes les procédures pendantes. Ainsi, quand bien même une pratique bien établie acquiert un poids certain, elle n'est pas immuable et des motifs sérieux et objectifs, à savoir notamment une connaissance plus approfondie de l'intention du législateur, un changement de circonstances extérieures ou l'évolution des conceptions juridiques, peuvent justifier un changement sans violer les principes de l'égalité de traitement et de la sécurité du droit (cf. ATF 125 II 152 consid. 4c/aa et 102 Ib 45 consid. 1 ; arrêt 2A.555/1999 précité consid. 5a). Une mauvaise application du droit peut également motiver un tel changement. Les motifs doivent toutefois être d'autant plus sérieux que la pratique suivie jusqu'ici est ancienne. De plus, les raisons qui militent en faveur d'un nouveau point de vue doivent être plus importantes que les effets négatifs pour la sécurité du droit résultant d'un changement de pratique (cf. ATF 132 II 770 consid. 4 et 126 V 36 consid. 5a ; ATAF 2011/22 consid. 4 et 2008/31 consid. 9.2 ; arrêt du TAF A-6777/2013 du 9 juillet 2015 consid. 2.5.1). Lorsque la nouvelle pratique est défavorable à l'assujetti, le droit à la protection de la bonne foi doit également être pris en considération et peut s'opposer à l'application immédiate de la nouvelle pratique. Selon les cas, elle ne peut être appliquée qu'après avoir été préalablement annoncée ; il en va ainsi notamment en matière de droits des parties dans la procédure (cf. ATF 135 II 78 consid. 3.2 ; arrêt du TAF A-1763/2020 du 22 septembre 2021 consid. 5.4.2).

E. 9.1.3

En l'occurrence, dans la décision attaquée, l'autorité inférieure s'est référée au consid. 6.3.4 de sa décision 957-08-141 du 15 avril 2013 (cf. < www.elcom.admin.ch > Documentation > Décisions > Décisions 2013 > Überprüfung der anrechenbaren Energiekosten für das Geschäftsjahr 2008/09, consulté le 1er juin 2022). Cette décision a conduit à l'ATF 142 II

451, rendu le 20 juillet 2016, dans lequel le Tribunal fédéral a confirmé que la méthode développée par l'ElCom était conforme à la loi (cf. consid. 5 et 6 not.). Dans l'intervalle, le TAF avait toutefois annulé la décision du 15 avril 2013 (cf. arrêt du TAF A-1107/2013 du 3 juin 2015), de sorte que le caractère juridiquement contraignant de cette décision n'était pas clair, du moins jusqu'au 20 juillet 2016. Cette situation incertaine a également perduré en raison des débats parlementaires subséquents, ce qui a conduit l'autorité inférieure à attendre le 10 avril 2018 pour concrétiser sa pratique dans une directive. Toutefois, en l'absence de modification des dispositions topiques, le principe de la protection de la bonne foi et de la confiance (cf. supra consid. 7.2) ne peut pas faire obstacle à l'application immédiate d'une nouvelle pratique si celle-ci a été précédemment annoncée. Il reste donc à examiner si, d'une façon ou d'une autre, l'autorité inférieure avait déjà communiqué aux gestionnaires de réseau qu'elle entendait tenir compte des conséquences juridiques de l'ATF 142 II 451 pour l'année tarifaire 2017 avant qu'elle ne formalise sa directive 2/2018 en date du 10 avril 2018.

E. 9.1.4

A cet effet, le Tribunal relève que, dans sa newsletter du 25 août 2016 (cf. < www.elcom.admin.ch > Documentation > Newsletter > Newsletter 8/2016, consulté le 1er juin 2022), l'autorité inférieure a indiqué que, à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné, elle vérifierait à nouveau que les exigences légales d'attribution des coûts imputables de l'énergie soient observées, de même que les exigences légales concernant le montant des coûts et bénéfices de gestion. Elle a rappelé que les gestionnaires de réseau devaient prendre en considération ces prescriptions dans la fixation des tarifs de l'énergie et que celles-ci étaient également applicables pour le passé en ce qui concerne le calcul de la différence de couverture en matière d'énergie. En outre, l'ElCom a précisé que l'arrêt susmentionné était également applicable aux tarifs 2017, que les gestionnaires de réseau ne devaient toutefois pas nécessairement adapter leurs tarifs, mais que, dans ce cas, ils devaient en faire mention et rembourser les tarifs surfacturés au moyen de baisses de prix concédées aux consommateurs finaux à l'approvisionnement de base lors des exercices suivants. L'ElCom avait d'ailleurs déjà mentionné, dans sa newsletter précédente (7/2016), le 9 août 2016, qu'elle s'attendait à ce que les gestionnaires de réseau mettent en oeuvre l'arrêt susmentionné et que toutes les procédures suspendues seraient reprises (cf. < www.elcom.admin.ch > Documentation > Newsletter > Newsletter 7/2016, consulté le 1er juin 2022).

E. 9.1.5

En l'occurrence, force est de constater que, si le Tribunal fédéral a confirmé dans son ATF 142 II 451 que la méthode élaborée par l'autorité inférieure était conforme au droit, celle-ci a informé les gestionnaires de réseau, le 25 août 2016, des conséquences qu'il y avait lieu de tirer de cet arrêt s'agissant de l'année tarifaire 2017. En tant que gestionnaire de réseau, la recourante ne pouvait diligemment ignorer les newsletters régulières de l'ElCom. Dès lors qu'elles reflètent une certaine pratique de l'autorité dans l'objectif d'appliquer uniformément la loi et la jurisprudence, elles n'ont rien de différent des ordonnances administratives. Il importe peu, en effet, que les ordonnances administratives soient présentées comme une directive, une instruction, une information ou une communication (cf. p. ex en matière de TVA : « Info TVA »). Selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, les newsletters des autorités fédérales ne peuvent, de bonne foi, être comprise autrement que comme l'expression de la volonté des autorités de communiquer à leurs administrés des

informations actuelles et surtout importantes dans leur domaine de compétence, y compris en lien avec leur pratique.

E. 9.1.6

Il suit de là que l'autorité inférieure ayant informé, déjà en date du 25 août 2016, les gestionnaires de réseau des conséquences qu'il y avait lieu de tirer de l'ATF 142 II 451, en particulier concernant les coûts et tarifs de l'électricité pour l'année 2017, la recourante ne peut pas se prévaloir de sa bonne foi lorsqu'elle prétend que les conséquences de cette jurisprudence n'auraient été concrétisées que dans la directive 2/2018 du 10 avril 2018. Les griefs soulevés par la recourante en ce sens doivent donc être rejetés.

E. 9.2

Ceci étant, la recourante fait valoir ensuite que la méthode élaborée par l'EiCom pour déterminer les coûts imputables de l'approvisionnement de base ne serait, en tout état de cause, pas conforme à la notion de tarifs équitables de l'art. 6 al. 1 LApEl.

E. 9.2.1

Elle souligne que la notion de « tarifs équitables » n'est pas définie par la loi et reproche à l'autorité inférieure d'avoir retenu qu'un tarif ne pouvait être équitable que si les coûts d'approvisionnement en énergie intégraient, en plus des coûts de la production propre, tous les achats sur le marché, y compris les achats destinés à couvrir un contrat de fourniture avec un client spécifique (contrat back-to-back), les achats pour propre compte ou spéculatifs, ainsi que ceux effectués pour le compte de revendeurs. Elle reproche à l'autorité d'avoir réduit à néant, en procédant de la sorte, l'autonomie tarifaire des gestionnaires de réseau, en tant que sa méthode ne leur permettrait plus d'affecter l'intégralité de leur production propre à l'approvisionnement de base. Cette ingérence dans la stratégie de couverture des besoins des consommateurs captifs ne serait pas conforme à l'intention du législateur et ignorerait la réalité sur le long terme du marché. Elle ferait, en effet, supporter aux clients captifs les coûts de l'approvisionnement de tiers et des achats pour propre compte ou spéculatifs. En confondant ainsi l'approvisionnement de base régulé et les autres secteurs soumis à la pleine concurrence, l'autorité inférieure aurait violé les principes de l'interdiction des subventionnements croisés, de la dissociation comptable et de causalité. Afin de tenir compte des spécificités et de l'évolution du marché de l'électricité, la recourante estime donc qu'il conviendrait d'exclure du calcul des coûts d'approvisionnement en énergie les contrats back-to-back, les achats pour propre compte ou spéculatifs, ainsi que les contrats conclus pour le compte de revendeurs. Elle s'appuie, à cet effet, sur les recommandations de l'AES (cf. Recommandation de la branche pour le marché suisse de l'électricité « Schéma de calcul des coûts pour les coûts d'approvisionnement SCCA-CH 2021 ») ainsi que sur un rapport du cabinet Compass Lexecon du 30 août 2021 (ci-après : le rapport Lexecon).

E. 9.2.2

Il convient donc de déterminer, dans un premier temps, si la méthode employée par l'EiCom pour déterminer les coûts imputables de l'énergie, consistant à tenir compte de l'ensemble des coûts d'achat en électricité effectués sur le marché, en plus des coûts de production propre, est conforme à la LApEl.

E. 9.2.2.1

A titre liminaire, il y a lieu de rappeler qu'il n'appartient pas à l'EiCom de fixer les tarifs de l'électricité dans l'approvisionnement de base, mais aux gestionnaires de réseau de distribution (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 exercer son pouvoir régulateur qu'en cas de violation avérée de la loi. Elle ne peut, ce faisant, pas 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 première instance (cf. arrêt 2C_828/2019 précité consid. 6.2). Il doit aussi 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'EiCom.

E. 9.2.2.2

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 (cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.3). 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'EiCom. Elle agit à ce titre, et comme considéré (cf. supra consid. 6.3 ss), dans le cadre de l'exercice de ses tâches de surveillance. Dans ce cadre, elle dispose d'une marge d'appréciation que l'autorité de recours doit respecter lorsqu'elle contrôle la légalité de son action de même que celle des ordonnances appliquées par elle (cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.1 ss et 138 II 465 consid. 7.7 ; arrêt 2C_829/2019 précité consid. 6.2 ; cf. ég. supra consid. 2.1).

E. 9.2.2.3

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 ; adequate). Si la loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par équitable (cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.3 ; arrêt 2C_829/2019 précité consid. 6.3), l'OApEl 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, la disposition précitée contenait encore une seconde phrase ajoutant que « [s]i les coûts de production dépassa[ai]ent les prix du marché, la composante tarifaire s'appu[yait] sur les prix du marché » (cf. RO 2008 1223). A son art. 19 al. 1, l'OApEl prévoit enfin que l'EiCom 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'EiCom 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 suit de là 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 dans une loi formelle (cf. arrêt 2C_828/2019 précité consid. 6.3), contrairement à ce qui prévaut pour les tarifs d'utilisation du réseau (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, 14 et 15 al. 1 LApEl), mais 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 ou si, comme le soutient la recourante, ceux-ci réduiraient à néant l'autonomie tarifaire des gestionnaires de réseau.

E. 9.2.2.4

Dans l'ATF 142 II 451 précité, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la conformité au droit d'un tarif que l'ElCom avait précédemment contrôlé en application de sa méthode. Il a eu l'occasion de confirmer son analyse dans l'arrêt 2C_828/2019 du 16 juillet 2020. Le Tribunal fédéral a d'abord considéré 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, dans la mesure où les implications de la règle précitée pour la sécurité de l'approvisionnement en énergie et pour la politique énergétique en général auraient dû découler d'une décision du législateur formel et non d'une simple ordonnance (cf. ATF 142 II 451 consid. 5.2.7.2 ; ég. arrêt 2C_828/2019 précité consid. 6.4). Le Conseil fédéral a du reste supprimé cette phrase dans une modification de l'OApEl entrée en vigueur le 1er mars 2013 (cf. RO 2013 559). Il 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. En effet, 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 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 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 ; ég. arrêt 2C_828/2019 précité consid. 6.4).

E. 9.2.2.5

De ce fait, 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 élaborée par l'ElCom était conforme à 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 précisé 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 laquelle 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 (cf. ATF 142 II 451 consid. 5.2.3 à 5.2.6 ; ég. arrêt 2C_828/2019 précité consid. 6.5). 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 (cf. ATF 142 II 451 consid. 5.2.8). En somme, la loi impose un contrôle des tarifs de l'approvisionnement de base fondé sur les coûts et 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 (cf. arrêt 2C_828/2019 précité consid. 6.5).

E. 9.2.2.6

Il est vrai que, de manière générale, la méthode développée par l'ElCom désavantage les producteurs d'électricité qui occupent également une position de gestionnaires de réseau 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, comme le relève le Tribunal fédéral, ne constitue 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 et, d'autre part, la fourniture d'énergie selon les règles du marché sur la base d'un rapport contractuel de droit privé (cf. arrêt 2C_828/2019 précité consid. 6.6). 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 ne portent du reste pas atteinte à leur liberté économique. 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 (cf. arrêt 2C_828/2019 précité consid. 6.6).

E. 9.2.3

Ainsi, contrairement à ce que soutient la recourante, la manière dont le Conseil fédéral et l'ElCom interprètent la notion de tarifs équitables, respectivement dans son ordonnance et dans sa pratique, est conforme à une interprétation systématique et surtout historique de la LApEl. Le concept de la recourante selon lequel elle devrait pouvoir couvrir

l'approvisionnement de base en premier lieu par sa production propre, sans tenir compte des prix du marché, ne ressort en effet ni du texte de la loi ni des travaux préparatoires. Au contraire, les achats d'énergie au prix du marché constituent nécessairement une composante de l'évaluation du caractère équitable d'un tarif. Il n'en va pas autrement du seul fait que les gestionnaires produisent de l'électricité à un meilleur prix que celui du marché. L'obligation de tenir une comptabilité analytique par unité d'imputation constitue ainsi davantage un moyen pour l'ElCom d'exercer son contrôle et d'assurer une certaine transparence en empêchant le subventionnement croisé. Elle ne signifie encore pas, contrairement à ce que prétend la recourante, qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de tous les achats effectués sur le marché dans l'évaluation du caractère équitable d'un tarif (cf. arrêt A-699/2017 précité consid. 5.3.4.1).

E. 9.2.4

Partant, force est de constater que la recommandation de l'AES pour le marché suisse de l'électricité « Schéma de calcul des coûts pour les coûts d'approvisionnement SCCA-CH 2021 » sur laquelle se fonde la recourante s'éloigne des principes légaux et jurisprudentiels susmentionnés. Ainsi, quand bien même la régulation du marché suisse de l'électricité repose, dans le cadre fondamental du principe de subsidiarité, sur la coexistence de la régulation étatique et de l'autorégulation (art. 3 al. 2 LApEl), dite recommandation ne dispense aucunement les gestionnaires de réseau de s'assurer du caractère équitable de leurs tarifs eu égard aux principes dégagés par la loi et la jurisprudence, de sorte que la recourante ne saurait tirer un quelconque droit du fait qu'elle a suivi les directives de la branche. La méthode élaborée par l'ElCom ne limite, dans ce contexte, rien à l'autonomie des gestionnaires de réseau. Elle vise, au contraire, à s'assurer que ces derniers respectent le cadre de la LApEl et de ses ordonnances, cadre qui constitue précisément la limite de leur autonomie.

E. 9.2.5

Dans le cadre de la présente procédure, la recourante a encore mandaté le cabinet Compass Lexecon (rapport Lexecon ; ég. supra consid. 9.2.1) afin qu'il procède à une analyse des enjeux économiques de la méthode de calcul des coûts imputables aux clients captifs, principalement en ce qui concerne l'imputation des coûts de la production propre, qu'il compare les avantages et inconvénients de la méthode élaborée par l'ElCom et de la méthode appliquée par la recourante de 2009 à 2016 à la lumière de ces enjeux et d'évaluer si la méthode appliquée par la recourante a conduit à un dommage pour les clients finaux.

E. 9.2.5.1

A titre liminaire, il y a lieu de rappeler que les résultats issus d'expertises privées sont considérés comme de simples allégués des parties (cf. ATF 142 II 355 consid. 6 et 141 IV 369 consid. 6). Il en découle que le tribunal les apprécie librement (art. 40 de la loi fédérale de procédure civile fédérale [PCF, RS 273] applicable par analogie par renvoi de l'art. 19 PA). L'appréciation des preuves est libre, en ce sens qu'elle n'obéit pas à des règles de preuves légales, prescrivant à quelles conditions le juge devrait admettre que la preuve a abouti et quelle valeur probante il devrait reconnaître aux différents moyens de preuve les uns par rapport aux autres (cf. arrêt du TF 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 2.3).

E. 9.2.5.2

Ceci étant, il convient de revenir sur les principales conclusions du rapport Lexecon et de les confronter aux principes légaux et jurisprudentiels susmentionnés (cf. supra consid.

9.2.2.1 à 9.2.2.6). Premièrement, le rapport indique que la volatilité interannuelle des coûts imputables est sensiblement équivalente avec les méthodes de la recourante et de l'ElCom et relève que, à long terme, les gestionnaires de réseau ne détenant pas de production propre exposent leurs clients captifs à des variations imprévisibles et de plus grande ampleur que ceux qui en possèdent. Sur ce point, il peut toutefois être renvoyé au consensus existant au sein de la jurisprudence sur le fait que cette différence de traitement ne constitue rien d'autre que la conséquence de la réglementation voulue par le législateur (cf. supra consid. 9.2.2.6). Il n'appartient, à cet effet, pas au pouvoir judiciaire de la critiquer, ce dernier étant tenu - comme toutes les autres autorités - d'appliquer les lois fédérales (art. 190 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]). Les arguments de la recourante ont donc, sur ce point, davantage leur place au sein du débat politique que dans un prétoire. Deuxièmement, le rapport Lexecon parvient à la conclusion que la méthode de la recourante serait justifiée au regard des objectifs découlant du cadre historique et de l'état du marché. Il constate, dans ce contexte, que la méthode de la recourante permet aux tarifs de vente pour les clients élus d'être comparables à ceux proposés par les concurrents sans production propre qui s'approvisionnent uniquement sur le marché, qu'elle développe la production renouvelable indigène et permet une maîtrise des risques d'approvisionnement en tant qu'elle permet de refléter les coûts engendrés par chaque catégorie de client et la maturité des engagements des différents groupes dans les tarifs de vente. A ce titre, faut-il encore rappeler que la recourante n'est pas seulement active sur le marché libre de l'électricité, mais également sur le marché régulé de l'approvisionnement de base. Elle est soumise à des cadres juridiques différents qu'elle doit respecter. Cette différence de régime n'est, là aussi, que l'expression de la volonté du législateur et correspond à une interprétation téléologique de la loi (cf. les nombreux développements ci-dessus, supra consid. 9.2.2.1 à 9.2.2.6). En réalité, à bien lire le rapport Lexecon, on constate que la méthode développée par la recourante vise avant tout à renforcer sa compétitivité sur le marché libre de l'électricité, peu important les conséquences que cela engendre sur le marché régulé. Un tel but n'est manifestement pas compatible avec la notion de tarif équitable de l'art. 6 al. 1 LApEl. Au surplus, force est de relever que l'objectif de la LApEl n'est pas de maintenir et de développer la production renouvelable indigène, mais d'assurer un approvisionnement en électricité sûr (art. 1 LApEl). Il existe, pour cela, d'autres lois qui prévoient des mesures d'encouragement pour le maintien et le développement de la production renouvelable (p. ex. la loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l'énergie [LEne, RS 730.0] qui prévoit, depuis le 1er janvier 2018, des instruments d'encouragement nouveaux ou étendus pour les installations de production d'énergie renouvelable, et notamment d'énergie hydraulique, cf. à cet effet, infra consid. 10.3.4). Le contrôle effectué par l'ElCom et la méthode qu'elle a élaborée à cet effet ne sont, par conséquent, pas là pour assurer ni le développement et le maintien de la production renouvelable, ni la compétitivité de la recourante sur le marché libre de l'électricité, mais pour s'assurer que les tarifs de l'électricité sur le marché régulé de l'approvisionnement de base sont équitables. C'est la raison pour laquelle il y a lieu de tenir compte non seulement des coûts de production propre, mais également des achats effectués sur le marché. A cet effet, le calcul des coûts et tarifs de l'électricité tient déjà compte du risque inhérent au marché, ce que le rapport Lexecon semble ignorer (à cet effet, cf. ég. infra consid. 10.3). Enfin, troisièmement, le rapport Lexecon constate que la méthode employée par la recourante n'a pas causé de dommages aux consommateurs en raison de l'imputation aux clients captifs des coûts de commercialisation et des bénéfices, de la rémunération de la production détenue en propre conformément aux coûts réels, plus une

marge raisonnable, et des revenus similaires à ceux obtenus avec la méthode élaborée par l'ElCom. Il fait état d'un écart de 2 % du chiffre d'affaires annuel entre la méthode élaborée par l'ElCom et la méthode souhaitée par la recourante. Ceci étant, le rapport Lexecon met également en lumière que, si cet écart était bien de 2 % en 2016, soit une différence absolue de l'ordre de [5] millions de francs, cette différence s'élevait à [25] millions en 2013 et 2014 et le rapport omet bien de préciser pour ces années-là à quelle proportion du chiffre d'affaires annuel cela correspondrait. Nonobstant, on ne saurait, en tout état de cause, reprocher à l'ElCom de procéder déjà à un contrôle des tarifs de l'approvisionnement de base lorsque l'écart entre la méthode employée par le gestionnaire de réseau et la méthode élaborée par ses soins s'élève à 2 % du chiffre d'affaires ou moins. Il ne peut, en effet, être exclu qu'un écart de moins de 2 % suffise déjà à conclure que les tarifs ne sont pas équitables.

E. 9.2.5.3

Force est ainsi de constater que le rapport Lexecon constitue bien plus un plaidoyer en faveur de la méthode de la recourante qu'une véritable expertise. Son auteur y formule essentiellement des arguments pour étayer l'approche méthodologique prônée par la recourante et remet en doute certains éléments de la solution élaborée par l'ElCom, pourtant de manière conforme à la volonté du législateur. Le document produit par la recourante n'apporte ainsi aucune précision sur des éléments de fait qui pourraient demeurer litigieux. Il ne fait qu'exprimer l'avis personnel de son auteur, qui, comme on l'a vu, laisse planer quelques doutes sur son impartialité supposée. Ainsi, sur le vu de ce qui précède et en rappelant que le Tribunal administratif fédéral doit faire preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son pouvoir d'examen et ne peut revoir le choix politique du législateur lorsqu'il exerce son contrôle, il n'y a pas lieu de tenir davantage compte de l'avis exprimé dans le rapport Lexecon produit par la recourante.

E. 9.2.6

En résumé, la méthode élaborée par l'ElCom correspond à la volonté du législateur de tenir compte non seulement des coûts de production propre, mais également de l'ensemble des achats effectués sur le marché, y compris des achats destinés à couvrir un contrat de fourniture avec un client spécifique (contrat back-to-back), des achats pour propre compte, ainsi que ceux effectués pour le compte de revendeurs. Quant à la question de savoir s'il convient de tenir compte ou non des achats spéculatifs ou de négoce, elle peut souffrir de demeurer ouverte, la recourante - qui reproche notamment à l'autorité inférieure de ne pas tenir compte du volume d'énergie effectivement acquis sous déduction du volume revenu sur le marché à des fins spéculatives - ayant pourtant indiqué qu'elle ne procédait elle-même pas à de tels achats spéculatifs. Partant, la décision attaquée ne saurait être qualifiée de contraire au droit au motif que l'autorité inférieure a tenu compte de l'ensemble des achats effectués par la recourante sur le marché afin d'examiner le caractère équitable de ses tarifs.

E. 9.3

Au surplus, la recourante estime encore que, quand bien même l'autorité inférieure serait restée dans les limites de son pouvoir d'appréciation, la méthode qu'elle a élaborée, même corrigée à la suite de l'ATF 142 II 451, péjorerait la situation des clients captifs de l'approvisionnement de base et serait inopportune. Dans ce contexte, la recourante soutient que l'autorité inférieure aurait perdu de vue la haute volatilité des prix de l'électricité sur le marché dans le contexte de ces dernières années. Ceci étant, comme considéré, la manière

dont la recourante interprète la notion de tarifs équitables s'éloigne d'une interprétation systématique et historique de loi, de sorte qu'un contrôle en opportunité de la décision attaquée ne permettrait pas à l'autorité de recours de faire abstraction de certains achats d'électricité sur le marché. Elle outrepasserait, ce faisant, son propre pouvoir d'appréciation (cf. sur le contrôle en opportunité, not. ATF 136 V 351 consid. 5.1.2). En réalité, une éventuelle transition vers la méthode de calcul préconisée par la recourante relève bien plus - comme déjà mentionné (cf. supra consid. 9.2.5.3) - d'une question de politique en matière d'approvisionnement énergétique que d'une question juridique ou d'un contrôle en opportunité. En tant qu'organe judiciaire de la Confédération, l'instance de recours ne saurait s'immiscer - sans violer le principe de séparation des pouvoirs - dans des questions de politique énergétique. Comme tout sujet de droit, la recourante se doit - en tant que gestionnaire de réseau - de respecter la législation qui lui est applicable et les obligations qui en découlent. Il importe peu, dans ce cadre, que la méthode employée par l'EiCom soit critiquée par la branche en raison de la hausse des prix de l'électricité ces dernières années.

E. 9.4

Il suit de là que l'autorité inférieure ne s'est pas éloignée de la notion de tarif équitable fixée à l'art. 6 al. 1 LApEl en tenant compte de l'ensemble des achats d'électricité effectués par la recourante dans le cadre du contrôle de ses coûts d'approvisionnement en électricité. La méthode qu'elle a élaborée respecte les principes légaux applicables, ce que la jurisprudence a déjà confirmé à plusieurs reprises. L'autorité est, en ce sens, restée dans les limites de son pouvoir d'appréciation et rien n'indique que sa décision serait inopportune et que l'autorité aurait, partant, outrepassé l'autonomie des gestionnaires de réseau (cf. supra consid. 9.2.2.1). Il y a donc lieu de rejeter les griefs de la recourante sur ce point.

E. 10

Dès lors que l'autorité inférieure a correctement déterminé les coûts d'approvisionnement en électricité sur le marché de la recourante, il reste à examiner si elle est restée dans les limites de son pouvoir d'appréciation en contrôlant ses coûts de production propre et en fixant un taux WACC de production de 4.98 %.

E. 10.1

La recourante reproche d'abord à l'autorité inférieure d'avoir fixé un taux applicable à l'ensemble de la branche, sans tenir compte des circonstances individuelles. Elle rappelle, à cet effet, que, avant la publication de sa directive 2/2018 du 10 avril 2018, l'EiCom renonçait à fixer un taux spécifique afin de prendre en considération les circonstances particulières. Elle considère qu'un taux fixe sans examen des circonstances particulières est contraire à la loi, au motif que l'autorité inférieure ne disposait d'aucune base légale pour déléguer une partie de son autonomie au DETEC et qu'il s'agirait, en tout état de cause, d'un changement de pratique que l'autorité inférieure ne pouvait appliquer de manière rétroactivité.

E. 10.1.1

D'emblée, il y a lieu de relever - ce qui n'est pas contesté - que, dans le cadre de l'examen du caractère équitable des tarifs au sens de l'art. 6 al. 1 LApEl, un gain approprié sur la production propre doit être garanti aux gestionnaires de réseau (cf. arrêt 2C_828/2019 précité consid. 6.5). Toutefois, dans le domaine de la fourniture d'énergie, contrairement au domaine de l'utilisation du réseau, il n'existe pas de dispositions de calcul détaillées dans la LApEl permettant de déterminer la rémunération du gestionnaire de réseau. L'EiCom

dispose ainsi d'un pouvoir d'appréciation plus important pour déterminer le schéma de calcul du gain approprié des gestionnaires de réseau sur la production propre qu'en matière d'utilisation du réseau. Dans ce contexte, elle est libre de s'inspirer du schéma de calcul existant dans le domaine de l'utilisation du réseau ou d'un autre schéma de calcul, étant précisé que, quelle que soit la méthode élaborée par l'ElCom pour déterminer le gain approprié des gestionnaires de réseau sur la production propre, celle-ci doit correspondre à la notion de tarifs équitables de l'art. 6 al. 1 LApEl, fondés sur des coûts de production d'une exploitation efficace au sens de l'art. 4 al. 1 OApEl. Ceci étant, il convient de relever que, quand bien même l'ElCom avait renoncé à prescrire un taux WACC de production approprié dans ses précédentes directives, il n'en demeure pas moins que dans le cadre de l'examen concret des coûts de production propre, elle avait déjà appliqué à plusieurs reprises un taux standardisé. Dans ce contexte, le Tribunal administratif fédéral avait rappelé qu'il appartenait alors aux gestionnaires de réseau concernés de remettre en cause, au cas par cas, l'application du taux standardisé à leur situation (cf. arrêt A-1107/2013 précité consid. 10.4.1). Il suit de là que, dans sa directive 2/2018 du 10 avril 2018 et dans ses directives séparées fixant annuellement le taux WACC de production standardisé, l'ElCom n'a fait que concrétiser une pratique déjà établie, à savoir celle consistant à appliquer un taux WACC de production standardisé et à tenir compte des circonstances avancées par le gestionnaire pour vérifier si ce taux correspondait, dans sa situation, à la notion de tarifs équitables de l'art. 6 al. 1 LApEl. Tel a été le cas lorsqu'elle a contrôlé, dans sa décision du 16 avril 2012, les coûts et tarifs de B._____ pour l'année 2009. Il en va de même dans la décision attaquée, l'autorité inférieure ayant tenu compte des arguments avancés par la recourante et expliqué pourquoi, selon elle, il ne se justifiait pas de s'éloigner du taux standardisé.

E. 10.1.2

Par conséquent, il appartient à l'autorité de recours de s'assurer que le taux WACC de production retenu concrètement dans la décision attaquée corresponde à la notion de tarifs équitables prévue par la loi. Dans ce contexte, elle vérifiera notamment que l'autorité inférieure a bien pris en considération les éléments avancés par la recourante afin de déterminer s'il se justifiait ou non de s'éloigner du taux standardisé. Sur le vu de ce qui précède, la question de savoir si l'autorité a fixé un taux de 4.98 % de manière rétroactive pour l'année 2017 peut souffrir de demeurer ouverte. Il convient en effet, en tout état de cause, de vérifier si ce taux est conforme à la notion de tarifs équitables et si c'est à bon droit que l'autorité inférieure n'a pas retenu un taux plus élevé comme le soutenait la recourante.

E. 10.2

La recourante prétend, en effet, que le taux WACC de production de 4.98 % retenu par l'autorité inférieure serait trop bas et que, dans son cas, un taux de 6.09 % se justifiait.

E. 10.2.1

Elle reproche notamment à l'autorité inférieure d'avoir repris le taux WACC fixé par le DETEC dans le cadre des mesures d'encouragement de la force hydraulique sans tenir compte des circonstances individuelles. Elle lui reproche, ce faisant, de s'être éloignée des principes sur lesquels reposent la notion de tarifs équitables et de ne pas avoir notamment tenu compte des risques d'un marché libéralisé. Elle s'appuie, à cet effet, sur une expertise du cabinet Becker Büttner Held du 27 septembre 2019 (ci-après : le rapport BBH) qu'elle a

mandaté et produit dans le cadre du contrôle de ses tarifs.

E. 10.2.2

Comme considéré (cf. supra consid. 10.1.1), dans le cadre de l'examen du caractère équitable des tarifs, un gain approprié sur la production propre doit être garanti aux gestionnaires de réseau (cf. arrêt 2C_828/2019 précité consid. 6.5). Il n'existe toutefois pas de dispositions de calcul détaillées dans la LApEl permettant de déterminer la rémunération du gestionnaire de réseau. L'art. 19 al. 1 OApEl se borne, dans ce cadre, à préciser que l'ElCom compare les niveaux d'efficacité des gestionnaires de réseau, collabore avec les milieux concernés et tient compte des différences structurelles sur lesquelles les entreprises n'ont pas de prise, de la qualité de l'approvisionnement ainsi que du degré d'amortissement (cf. supra consid. 3.2) et l'art. 4 al. 1 OApEl précise que la composante tarifaire due pour la fourniture d'énergie aux consommateurs finaux avec approvisionnement de base se fonde sur les coûts de production d'une exploitation efficace. Ceci étant, on constate que, dans le secteur du commerce, de l'achat et de la distribution, le rendement d'une société opérationnelle est généralement déterminé en fonction du bénéfice qu'elle réalise sur son chiffre d'affaires opérationnel. Ce rendement est ensuite comparé à celui d'autres entreprises actives sur le marché réalisant essentiellement un bénéfice opérationnel, mais n'investissant pas ou peu sur le marché, afin de déterminer si une entreprise réalise un gain approprié et est, par exemple, plus rentable qu'une autre. Les entreprises de services définissent, quant à elles, souvent leur succès en fonction d'un certain seuil de rendement fixe sur leur chiffre d'affaires. Le rendement peut alors être vu comme une marge sur les coûts de revient d'un service efficace (p. ex. +5% ou +10%). En matière de production et de distribution d'électricité, au niveau international, une marge EBITDA (Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization) de l'ordre de 4 à 6% est généralement considérée comme appropriée (cf. arrêt A-1107/2013 précité consid. 10.4.1). Le gain approprié doit également tenir compte du risque opérationnel. Celui-ci est généralement plus faible dans le domaine de l'utilisation du réseau que pour les sociétés intégrées ou mixtes, ou pour les seuls producteurs d'électricité. Il s'ensuit que le gain approprié sur la production doit être fixé à un niveau plus élevé que le gain approprié pour l'utilisation du réseau. Une différence de l'ordre de 1.5% sur le coût moyen pondéré du capital apparaît, dans ce contexte, appropriée (cf. arrêt A-1107/2013 précité consid. 10.4.2 et les réf. citées). Dans ce cadre, il convient, en revanche, de faire en sorte, en toute circonstance, que les gestionnaires de réseau ne soient pas en mesure de compenser, au moyen de tarifs d'électricité plus élevés, d'éventuelles pertes au niveau du chiffre d'affaires ou des gains résultant de la consommation pour leurs propres besoins (cf. Message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 et à l'initiative populaire fédérale « Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire », FF 2013 6771, p. 6931).

E. 10.2.3

Afin de déterminer le gain approprié sur la production propre des gestionnaires de réseau, l'ElCom a appliqué sur les valeurs résiduelles des installations de production un intérêt qui correspond au coût moyen pondéré du capital (taux WACC de production ; cf. supra consid. 8.2). Elle a déterminé ce taux, jusqu'en 2013, en s'appuyant sur la méthode de calcul du taux WACC pour l'utilisation du réseau. Dans ce cadre, elle modifiait uniquement les composants du calcul se distinguant spécifiquement de ceux de l'utilisation du réseau (cf. décision de l'ElCom 957-08-036 du 16 avril 2012 ch. 198 à 212). En effet, comme considéré (cf. supra consid. 10.1.1), contrairement au domaine de la fourniture en énergie,

le législateur avait expressément prévu que, dans le calcul des tarifs pour l'utilisation du réseau, les gestionnaires avaient droit à un bénéfice d'exploitation approprié (art. 15 al. 1 LApEl). Le Conseil fédéral a concrétisé cette notion dans l'OApEl qui prévoyait, jusqu'au 1er mars 2013, que le taux pour le calcul des intérêts annuels des valeurs patrimoniales nécessaires à l'exploitation du réseau correspondait au rendement moyen, en pourcent, des obligations de la Confédération d'une durée de 10 ans au cours des 60 mois écoulés, plus une indemnité de risque (art. 13 al. 3 let. b aOApEl ; RO 2008 1223 ; RO 2012 925). L'EiCom considérait, d'un point de vue systématique, qu'il ne se justifiait pas de s'éloigner fondamentalement de cette méthode. Cette façon de procéder était également recommandée par l'AES qui préconisait d'utiliser pour le calcul de l'intérêt sur les valeurs résiduelles des installations de production le principe du schéma défini dans le cadre de l'utilisation du réseau (cf. décision 957-08-036 précitée ch. 204). Depuis le 1er mars 2013 toutefois (RO 2013 559), le calcul des intérêts annuels des valeurs patrimoniales nécessaires à l'exploitation du réseau a été modifié dans l'OApEl. Il correspond au coût moyen pondéré du capital investi que le DETEC détermine chaque année conformément aux dispositions de l'annexe 1 (art. 13 al. 3 let b et al. 3bis OApEl). Ce changement a, en substance, impliqué une modification de certains paramètres de calcul (pour le détail, cf. l'annexe 1 OApEl) et la jurisprudence a retenu qu'en raison du risque plus élevé lié à la production d'électricité, le taux WACC de production devait être fixé à un niveau plus élevé que le taux WACC de l'utilisation du réseau (cf. arrêt A-1107/2013 précité consid. 10.4.2). Pour ces raisons, l'EiCom n'a plus été en mesure de calculer le taux WACC de production par analogie avec le taux d'intérêt des valeurs patrimoniales nécessaires à l'exploitation du réseau.

E. 10.2.4

Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure a retenu qu'un taux WACC de production de 4.98 % se justifiait. Elle a repris, dans ce cadre, la méthode de calcul du WACC développée dans le rapport publié le 6 mars 2017 par l'Office fédéral de l'énergie OFEN et réalisé par l'institut IFBC (cf. Bericht vom 6. März 2017, Kapitalkostensätze der Fördermassnahmen für die Grosswasserkraft, www.ofen.admin.ch Mesures d'encouragement Energies renouvelables Prime de marché destinée au grand hydraulique Rapports, consulté le 1er juin 2022 ; ci-après : le rapport IFBC), dans la mesure où elle estimait que ce taux correspondait à la notion de tarifs équitables, qu'il tenait compte d'une manière appropriée des risques liés au secteur de la production d'énergie et qu'il donnait lieu à un résultat constant depuis 2014. Le rapport IFBC a été établi à la suite de l'adoption de la loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l'énergie (LEne, RS 730.0) qui prévoit, depuis le 1er janvier 2018, des instruments d'encouragement nouveaux ou étendus pour les installations de production d'énergie renouvelable, et notamment d'énergie hydraulique. Le calcul de ces aides se fonde notamment sur le taux d'intérêt du coût moyen pondéré du capital investi dans les installations de production d'énergie hydraulique. Dans ce contexte, l'institut IFBC a été chargé de déterminer les coûts du capital pour ces mesures d'encouragement de manière à ce que ces coûts soient conformes au marché et tiennent compte du risque (cf. Rapport IFBC, p. 11). Le Conseil fédéral a ensuite concrétisé cette méthode à l'art. 66 et à l'annexe 3 de l'ordonnance du 1er novembre 2017 sur l'encouragement de la production d'électricité issue d'énergies renouvelables (OEneR, RS 730.03) et chargé le DETEC de calculer, chaque année, le taux WACC des mesures d'encouragement du grand hydraulique sur la base de cette méthode de calcul (art. 66 OEneR qui renvoie également à l'art. 13 al. 3 let. b OApEl). A cet effet, il peut être rappelé que le taux WACC exprime les rendements que les bailleurs de fonds propres et étrangers demandent ou attendent globalement en moyenne pour le

capital engagé à la valeur du marché en tant que rémunération de la mise à disposition des capitaux et du risque encouru (cf. Rapport IFBC, p. 11). Il s'agit de déterminer d'abord le taux de rendement attendu des capitaux propres, puis des fonds étrangers et de pondérer ceux-ci en fonction de la structure du capital. Il ressort de la méthode de calcul définie dans le rapport IFBC et reprise dans l'OENeR que le taux de rendement moyen des fonds propres se monte d'abord pour la période 2014-2016 à 7.96 %. Il se calcule selon les paramètres suivants : - le taux d'intérêt sans risque des fonds propres, déterminé selon les rendements annuels moyens des obligations de la Confédération calculés sur une durée résiduelle de dix ans et publiés pour l'année civile précédente, et fixé pour la période 2014-2016 à 2.50 %, - une prime de risque de marché, calculée comme la moyenne des moyennes arithmétique et géométrique de la différence entre le rendement du marché des actions et des rendements d'un placement sans risque, et fixée pour la période 2014-2016 à 5.00 %, - un coefficient bêta unlevered, qui mesure le risque systématique d'un titre indépendamment de sa structure financière en se basant sur deux groupes de producteurs européens d'électricité hydraulique, fixé pour la période 2014-2016 à 0.6, - un coefficient bêta levered, qui mesure la sensibilité des rendements du titre aux fluctuations de l'indice de marché, calculé pour la période 2014-2016 à 1.09, - un taux d'imposition de 18 %. Quant au taux de rendement moyen des fonds étrangers, il se monte pour la période 2014-2016 à 2.00 % et se calcule selon les paramètres suivants : - le taux d'intérêt sans risque des fonds étrangers, déterminé selon les rendements annuels des obligations de la Confédération calculés sur une durée résiduelle de cinq ans et publiés pour l'année civile précédente, et fixé à 0.50 %, - un écart de crédit entre la rémunération moyenne des obligations d'entreprises suisses des catégories BBB et A et la rémunération moyenne des emprunts d'Etat majorée d'un supplément pour les frais d'émission et d'acquisition, fixé à 150 points. Compte tenu d'une structure de capital composée de 50 % de fonds propres et de 50 % de fonds de tiers, le rapport IFBC retient un taux WACC pour les mesures d'encouragement du grand hydraulique de 4.98 %, resté constant entre 2014 et 2016 (cf. Rapport IFBC, p. 12 s.). A cet effet, il peut être relevé que le calcul du taux WACC pour l'utilisation du réseau depuis 2014 selon la méthode décrite à l'annexe 1 de l'OApEl conduit à un résultat de 3.83 %, soit 1.15 % inférieur au taux WACC des mesures d'encouragement du grand hydraulique (cf. < www.bfe.admin.ch Approvisionnement Approvisionnement en électricité Loi sur l'approvisionnement en électricité WACC - Taux d'intérêt calculé, consulté le 1er juin 2022 ; cf. é.g. Rapport IFBC, p. 13 pour les différences de paramètres).

E. 10.2.5

Dans le cadre du contrôle de ses coûts et tarifs, la recourante s'appuyait toutefois sur un rapport produit par le cabinet Becker Büttner Held en date du 27 septembre 2019 (le rapport BBH) pour justifier d'un taux WACC de production supérieur au taux de 4.98 % déterminé selon la méthode décrite ci-dessus. En substance, il en ressort que la méthode fondée sur le coût moyen pondéré du capital constitue le standard international le plus souvent utilisé pour déterminer les coûts de financement réglementaires du capital. Cette méthode se fonde sur la moyenne pondérée des coûts des capitaux propres et étrangers en fonction de la structure du capital de l'entreprise. Elle permet de déterminer un taux d'intérêt approprié et conforme au marché du capital investi. Afin de déterminer le taux de rendement des fonds propres au 31 décembre 2016 - fixé à 8.81 % (p. 26) -, le rapport BBH se fonde sur les paramètres suivants : - un taux d'intérêt sans risque des fonds propres, déterminé selon les rendements moyens des obligations de la Confédération calculés sur une durée résiduelle de dix ans, et fixé, selon les chiffres de la Banque nationale suisse, à 1.31 % (p. 13), - une

prime de risque de marché, calculée sur la base de la moyenne de la différence entre le rendement implicitement attendu des marchés allemand, autrichien et suisse pour l'année 2016 et le rendement sans risque des fonds propres, et fixée à 6.76 % (p. 21), - un coefficient bêta unlevered, se basant sur quatre entreprises cotées en bourse et dont les activités sont largement dominées par la production d'énergie (p. 23), fixé à 0.61 (p. 25), - un coefficient bêta levered, calculé à 1.110 (p. 25), sur la base d'un taux d'imposition de 18 % (p. 25). Quant au taux de rendement des fonds de tiers, il se montait au 31 décembre 2016 à 2.62 % et se calcule selon les paramètres suivants : - un taux d'intérêt sans risque des fonds étrangers, déterminé selon les rendements moyens des obligations de la Confédération calculés sur une durée résiduelle de dix ans, et fixé - comme pour les fonds propres - à 1.31 % (p. 27 et 34), - un écart de crédit entre la rémunération moyenne des rendements des obligations en euros d'entreprises actives dans l'UE des catégories A et des catégories BBB+ et le taux d'intérêt sans risque des obligations de l'Allemagne, de la France et des Pays-Bas, fixé à 1.11 % (p. 31 s.), majoré d'un taux de 0.20 % pour divers frais de financement du capital étranger (p. 32 s.). Compte tenu d'une structure de capital composée de 50 % de fonds propres et de 50 % de fonds de tiers, le rapport BBH parvient à un taux WACC de production se montant à 5.72 % (p. 36).

E. 10.2.6

Sur le vu de ce qui précède, force est bien d'admettre d'une part que la recourante n'explique en rien pourquoi il y aurait lieu de retenir un taux WACC de production de 6.01 %. Le rapport BBH parvient, en effet, à un taux inférieur. Ceci étant, force est bien d'admettre que la méthode employée par l'ElCom - reposant sur le rapport IFBC - et celle proposée par la recourante - reposant sur le rapport BBH - se fondent sur des paramètres identiques. Les variations entre les deux méthodes portent ainsi uniquement sur les chiffres à la base des calculs employés pour chacun de ces paramètres. Prises individuellement, ces variations ne sont pas suffisantes pour conclure que la méthode employée par l'ElCom et fondée sur le rapport IFBC conduirait à un tarif qui ne serait pas équitable au sens de l'art. 6 al. 1 LApEl compte tenu de son large pouvoir d'appréciation (cf. supra consid. 2.1 et 10.1.1). Il faut certes concéder que le rapport BBH produit par la recourante est circonstancié et motivé. Toutefois, il se fonde dans une large mesure sur des données étrangères, notamment en ce qui concerne le calcul de la prime de risque, les entreprises déterminantes dans le calcul du coefficient bêta ou le calcul de l'écart de crédit. La recourante n'explique pas à satisfaction pourquoi l'utilisation des données suisses - comme dans le rapport IFBC repris par l'ElCom - conduirait à des tarifs non équitables. Elle se contente, en réalité, de plaider que ses tarifs ne sont pas moins équitables que ceux calculés par l'ElCom. Ce faisant, elle ne fait que confronter sa propre notion du caractère équitable des tarifs à la vision de l'autorité inférieure. Elle n'explique notamment pas en quoi la méthode développée dans le rapport IFBC violerait le droit fédéral, serait arbitraire ou se fonderait sur des faits ou des données erronées. Rien au dossier ne permet de remettre en doute que ce rapport se fonde sur des standards de calcul internationaux reconnu par la branche et respecte les bonnes pratiques en matière de calcul du coût moyen pondéré du capital. Le résultat ainsi obtenu est conforme à la législation et à la jurisprudence qui veut que le taux WACC de production soit supérieur au taux WACC de l'utilisation du réseau.

E. 10.3

Rien n'indique donc que l'ElCom aurait constaté les faits de manière inexacte ou incomplète, violé le droit fédéral ou encore versé dans l'arbitraire en retenant qu'un taux

WACC de production maximum de 4.98 % se justifiait dans le cadre du contrôle des coûts imputables de l'énergie de la recourante pour l'année tarifaire 2017. Elle est, au contraire, restée dans les limites de son pouvoir d'appréciation et dans le cadre légal en contrôlant les coûts de production propre de la recourante et en concluant que les auteurs du rapport BBH ne démontraient pas en quoi leur méthodologie était plus adaptée que celle utilisée par les auteurs du rapport IFBC. Mal fondés, les griefs de la recourante doivent donc être rejetés sur ce point.

E. 11

Hormis les griefs déjà traités, la recourante n'a pas contesté les chiffres ou les calculs effectués concrètement par l'autorité inférieure pour déterminer ses coûts d'approvisionnement imputables pour l'année 2017. C'est ainsi à bon droit que l'ElCom a retenu, en application de sa méthode (consid. 9.4) et en tenant compte d'un taux WACC de production 4.98 % (consid. 10.4), que les coûts d'approvisionnement en énergie de la recourante (production propre et achat d'électricité sur le marché) s'élevaient à (...) francs. En tenant compte des coûts de gestion (bénéfice inclus) de la recourante de (...) francs - non contestés par l'ElCom dans le cadre de sa décision (cf. supra consid. 8.3) -, le total des coûts imputables de l'énergie pour l'approvisionnement de base de la recourante s'élève à (...) francs pour l'année tarifaire 2017. La décision attaquée ne porte, sur ce point, pas le flanc à la critique.

E. 12

Reste à déterminer si, en tenant compte de coûts imputables de l'énergie d'un montant de (...) francs, l'autorité inférieure a correctement déterminé la différence de couverture et si c'est à bon droit qu'elle a ordonné à la recourante de rembourser l'excédent à ses consommateurs finaux.

E. 12.1

La recourante conteste le système des différences de couverture qui lui a été appliqué. Elle estime que ce système ne pouvait être appliqué avant 2019. Elle considère donc, ne serait-ce qu'implicitement, qu'elle n'aurait pas l'obligation de rembourser aux consommateurs captifs la différence de couverture de 15'012'865 francs entre ses coûts imputables de l'énergie de (...) francs et ses revenus effectifs de (...) francs.

E. 12.2

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 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). La faculté d'ordonner une réduction des tarifs dans le domaine de l'approvisionnement de base repose ainsi sur une base légale claire. Le Tribunal fédéral a, au surplus, 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 avant que l'exercice ne soit terminé. 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. ATF 137 III 522 consid. 1.5 ; arrêts du TF 2C_969/2013 du 19 juillet 2014 consid. 5.2.2, 2C_412/2012 du 27 mars 2013

consid. 1.4.3, 2C_572/2012 du 27 mars 2013 consid. 3.4.3 et 2C_367/2012 du 20 novembre 2012 consid. 3.6). 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. Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral a également retenu que rien ne justifiait de ne pas reprendre de telles considérations s'agissant du contrôle des tarifs de l'approvisionnement de base en électricité, dans la mesure où ce contrôle repose également sur une approche orientée sur les coûts et intervient ex post (cf. arrêt 2C_828/2019 précité consid. 8.4). L'art. 19 al. 2 OApEl, qui mentionne un devoir de compensation à l'égard des « gains injustifiés », ne fait ainsi que concrétiser ce cadre légal. Il n'y a pas lieu, non plus, de remettre en question les directives de l'ElCom dans la mesure où elles ne font que répéter ou mettre en oeuvre la réglementation légale qui précède (cf. arrêt 2C_828/2019 précité consid. 8.6).

E. 12.3

En l'occurrence, puisque la LApEl prévoyait - lors de l'année tarifaire en cause - déjà la possibilité d'ordonner une réduction des tarifs a posteriori en matière d'approvisionnement de base en électricité, on ne voit pas en quoi la décision de l'autorité inférieure prêterait le flanc à la critique en ordonnant à la recourante de rembourser à ses consommateurs finaux l'excédent de couverture de 15'012'865 francs pour l'année tarifaire 2017, la recourante n'ayant pas contesté le montant de ses revenus de l'énergie pour l'approvisionnement de base de (...) francs.

E. 13

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, c'est à bon droit que l'autorité inférieure a procédé au contrôle des coûts de l'approvisionnement de base de la recourante pour l'année tarifaire 2017. Dans ce cadre, elle n'a pas constaté les faits de manière inexacte ou incomplète ni violé le droit fédéral en retenant que les coûts imputables de l'énergie pour l'approvisionnement de base de la recourante s'élevait à (...) francs pour l'année tarifaire 2017 et en lui ordonnant de rembourser à ses consommateurs finaux l'excédent de couverture de 15'012'865 francs dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en force de sa décision. La recourante ne remet, au surplus, pas en cause l'obligation qui lui est faite d'informer le secrétariat technique du développement des différences de couverture de l'énergie jusqu'au moment où les excédents seront totalement éliminés, ni le montant des émoluments de 79'740 francs mis à sa charge pour la procédure de première instance. Il s'ensuit que la décision de l'ElCom du 7 décembre 2021 doit être intégralement confirmée et le recours rejeté.

E. 14

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure de recours, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être fixés à 25'000 francs et mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 63 al. 1 PA, 1 al. 1 et 4 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant versée par la recourante le 28 janvier 2022.

E. 15

Compte tenu de l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF a contrario).

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