

BVGer A-4882/2022 vom 29. Juni 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-06-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4882_2022

FR: TAF A-4882/2022 du 29 juin 2023

IT: TAF A-4882/2022 del 29 giugno 2023

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

Sous réserve des exceptions - non pertinentes en l'espèce - prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal connaît, en vertu des art. 31 et 33 let. f LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les commissions fédérales. L'ElCom constitue une telle commission fédérale et est donc une autorité précédant le Tribunal de céans. L'acte attaqué du 20 septembre 2022 satisfait aux conditions qui prévalent à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. a PA, en cela qu'il crée l'obligation pour la recourante de rémunérer les excédents de couverture de l'énergie des années 2009 et 2010 au taux d'intérêts WACC du réseau T+2. Partant, le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître du présent recours. L'art. 23 de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl, RS 734.7) prévoit d'ailleurs expressément que les décisions de l'ElCom peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral.

E. 1.2

La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. Étant la destinataire de la décision attaquée, elle est particulièrement atteinte et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (art. 48 al. 1 PA). Elle a par conséquent qualité pour recourir.

E. 1.3

Présenté dans le délai (art. 50 al. 1 PA) et les formes (art. 52 al. 1 PA) prévus par la loi, le recours est ainsi recevable, de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

E. 2.1

Le présent litige porte sur la question de savoir si l'autorité inférieure a à juste titre obligé la recourante à rémunérer les excédents de couverture de l'énergie des années 2009 et 2010 à partir de l'année 2016 avec le WACC du réseau de l'année tarifaire suivante T+2 et fixé le

solde du fonds de différence de couverture de l'énergie de la recourante des années 2009 et 2010, intérêts inclus à partir de 2016, à fin 2020, à (...) francs ; ce montant devant être rémunéré et remboursé aux consommateurs finaux, dans un délai maximum de (...) ans, le taux d'intérêt à appliquer au solde de différence de couverture correspondant au WACC du réseau de l'année tarifaire suivante T+2 (cf. consid. 3). Il porte également sur la requête en constatation de la recourante (cf. consid. 4) et sur la question de savoir si les émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure ont correctement été mis à sa charge (cf. consid. 5).

E. 2.2

Le Tribunal administratif fédéral décide en principe avec une cognition illimitée. Conformément à l'art. 49 PA, il contrôle les décisions qui lui sont soumises sous l'angle de la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) et de l'inopportunité (let. c). Il vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (art. 13 PA). Il applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise. 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. ATF 142 I 135 consid. 2.3, 138 II 465 consid. 8.6.4, 136 II 165 consid. 4.1 et 5.2 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral [TAF] A-5584/2015 du 2 mars 2017 consid. 2.1.2, A-492/2017 du 30 avril 2019 consid. 2.3).

E. 3

Les parties sont principalement en litige quant à savoir si des intérêts sont dus sur les différences de couverture de l'énergie des années tarifaires 2009 et 2010 à partir de l'année 2016.

E. 3.1.1

La recourante retient que le Tribunal fédéral a déjà tranché à deux reprises qu'elle ne devait pas payer des intérêts sur les différences de couverture pour les années tarifaires 2009 et 2010, soit dans son arrêt au fond et dans son arrêt de révision. Conformément au principe de res judicata, l'autorité inférieure n'est pas autorisée à rendre une nouvelle décision concernant une chose déjà jugée, même si elle n'est pas d'accord avec la décision du Tribunal fédéral. Elle précise que l'objet de la procédure de contrôle des années tarifaires 2009 et 2010 portait également sur la question de savoir si des intérêts étaient dus sur les différences de couverture de l'énergie de ces années. En effet, lors de l'ouverture de la procédure de contrôle, l'autorité inférieure n'a pas exclu certaines questions du contrôle, telles qu'une éventuelle obligation de verser des intérêts sur les différences de couverture. A la fin du contrôle, elle a fixé dans sa décision partielle du 15 décembre 2016 les montants des différences de couverture d'énergie pour l'approvisionnement de base pour 2009 et 2010 et a indiqué que ceux-ci devaient être remboursés aux consommateurs finaux conformément à sa Directive 1/2012. Or, l'autorité inférieure a consciemment formulé son dispositif ainsi afin que la recourante paie également un intérêt sur la différence de couverture, en cela que la Directive 1/2012 précise que le solde déterminé doit être rémunéré avec le taux d'intérêt en vigueur.

E. 3.1.2

La recourante ajoute qu'elle a ensuite recouru contre la décision du 15 décembre 2016 dans son entier et que l'objet du litige était donc le même que l'objet de la contestation. Partant, le litige portait également sur son obligation de payer des intérêts sur les excédents de couverture de l'énergie en approvisionnement de base pour les années tarifaires 2009 et 2010. Le Tribunal administratif fédéral s'est prononcé au fond sur cette question et a confirmé dans son arrêt le dispositif de la décision attaquée. Elle a ensuite attaqué cet arrêt dans son entier. L'objet du litige devant le Tribunal fédéral portait donc également sur son obligation de rémunérer les excédents de couverture. Celui-ci s'est prononcé au fond sur cette question tant dans ses considérants que dans son dispositif. Même si la décision entre en force sous la forme qu'elle revêt dans son dispositif, sa portée ne se révèle toutefois souvent que par les considérants, lesquels doivent être pris en compte. Or, le Tribunal fédéral a rejeté son recours « dans le sens des considérants » et a précisé que cet ajout se rapportait directement à la question des intérêts. Il a estimé que le renvoi à la Directive 1/2012 n'était pas suffisant pour lui imposer un intérêt, dans la mesure où cette directive ne se prononçait pas directement sur le versement d'intérêts sur les différences de couverture de l'énergie. Il en a déduit que la décision du 15 décembre 2016 devait être comprise comme ne lui imposant en l'espèce aucun intérêt sur les excédents de couverture. Le principe de l'autorité de la chose jugée interdit de revenir sur ce qui a déjà été tranché par le Tribunal fédéral. Par ailleurs, dans son jugement au fond sur la demande de révision du DETEC, le Tribunal fédéral confirme qu'il a déjà tranché matériellement la question des intérêts et qu'il ne peut pas être revenu dessus au moyen de la révision. Partant, les chiffres 3 et 4 de la décision attaquée du 20 septembre 2022, qui reviennent sur une chose déjà jugée entre les mêmes parties, doivent être annulés. La recourante souligne qu'une autorité n'a pas le droit, après avoir réglé un rapport juridique précis par une décision complète, d'y revenir par une nouvelle décision matérielle, pour cause que le Tribunal fédéral n'a pas confirmé une partie de sa position.

E. 3.2.1

L'autorité inférieure est d'avis que le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur la question de la perception d'un intérêt sur les trop-perçus en matière de différence de couverture en lui faisant simplement grief de ne pas avoir expressément mentionné les intérêts dans sa décision du 15 décembre 2016. Comme la perception d'une telle rémunération n'a pas été signifiée dans dite décision, elle ne faisait pas l'objet des procédures 2C_828/2019, ni 2F_21/2020 devant le Tribunal fédéral. Cette question n'a été tranchée ni par celui-ci, ni par elle. Dès lors, elle ne revêt pas l'autorité de la chose jugée. Afin d'apporter la clarté exigée par le Tribunal fédéral en matière de rémunération des excédents de couverture, elle a ouvert une procédure et rendu la décision attaquée.

E. 3.2.2

Par ailleurs, l'autorité inférieure précise que le solde des différences de couverture de l'énergie 2009 et 2010 à fin 2020 fixé dans la décision attaquée n'est pas en contradiction avec sa décision du 15 décembre 2016. En effet, les soldes de différences de couverture s'accroissent dès 2016 avec l'écoulement du temps en raison des intérêts qu'ils produisent (WACC du réseau des années T+2) et qui viennent s'y ajouter. La période sous revue concerne les exercices comptables 2016 à 2020. La prise en compte d'intérêts sur les différences de couverture correspond à une pratique de longue date de l'ElCom et des plus de 600 gestionnaires de réseau suisses. Ce solde devra être rétrocédé dans le cadre des tarifs des années futures. Il constitue l'un des éléments de la base de calcul de ceux-ci.

E. 3.3

Il convient de rappeler les principes juridiques suivants.

E. 3.3.1

L'autorité de la chose jugée interdit de remettre en cause, dans une nouvelle procédure, entre les mêmes parties, une prétention identique qui a été définitivement jugée (cf. ATF 144 I 11 consid. 4.2, 142 III 210 consid. 2.1 et les réf. cit.). Il y a identité de l'objet du litige quand, dans l'un et l'autre procès, les mêmes parties soumettent au tribunal la même prétention, en reprenant les mêmes conclusions et en se basant sur le même complexe de faits (cf. ATF 144 I 11 consid. 4.2, 139 III 126 consid. 3.2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral [TF] 1C_752/2021 du 19 mai 2022 consid. 3.1). L'identité des prétentions déduites en justice est déterminée par les conclusions de la demande et les faits invoqués à l'appui de celle-ci, autrement dit par le complexe de faits sur lequel les conclusions se fondent. La force de chose jugée matérielle de la décision est limitée par l'objet du litige (cf. ATF 123 III 16 consid. 2a, 121 III 474 consid. 4a ; arrêt du TF 4A-288/2014 du 6 août 2014 consid. 2.1 ; arrêt du TAF A-3008/2015 du 6 novembre 2015 consid. 1.5.2). L'identité doit s'entendre d'un point de vue non pas grammatical mais matériel, si bien qu'une nouvelle prétention, quelle que soit sa formulation, aura un objet identique à la prétention déjà jugée si elle apparaît comme étant son contraire ou si elle était déjà contenue dans celle-ci (cf. ATF 140 III 278 consid. 3.3, 139 III 126 consid. 3.2.2 et 3.2.3 ; arrêt du TAF 3863/2022 du 17 avril 2023 consid. 4.1.3).

E. 3.3.2

L'autorité de la chose jugée s'étend à tous les faits qui existaient au moment du premier jugement, indépendamment du point de savoir s'ils étaient connus des parties, s'ils avaient été allégués par elles ou si le premier juge les avait considérés comme prouvés (cf. ATF 140 III 278 consid. 3.3, 139 III 126 consid. 3.1). En revanche, elle ne s'oppose pas à une demande qui se fonde sur une modification des circonstances survenue depuis le premier jugement (cf. ATF 139 III 126 consid. 3.2.1) ou, plus précisément, depuis le moment où, selon le droit déterminant, l'état de fait ayant servi de base audit jugement avait été définitivement arrêté (cf. ATF 116 II 738 consid. 2a). L'autorité de la chose jugée ne s'attache donc pas aux faits postérieurs à la date jusqu'à laquelle l'objet du litige était modifiable. De telles circonstances sont des faits nouveaux (vrais nova) par opposition aux faits qui existaient déjà à la date décisive mais n'avaient pas pu être invoqués dans la procédure précédente (faux nova), ceux-ci ouvrant la voie de la révision (cf. ATF 140 III 278 consid. 3.3 ; arrêt du TF 4A_603/2011 du 22 novembre 2011 consid. 3.1).

E. 3.3.3

En principe, seul le jugement au fond (« Sachurteil ») jouit de l'autorité de la chose jugée. Il faut donc que le juge ait examiné le fondement matériel de la prétention déduite en justice (cf. ATF 128 III 191 consid. 4a, 125 III 8 consid. 3b, 123 III 16 consid. 2a ; arrêt du TF 9C_146/2012 du 12 novembre 2012 consid. 4.1 ; arrêts du TAF 3863/2022 du 17 avril 2023 consid. 4.1.3). Pour savoir si ces conclusions ont été définitivement tranchées dans un jugement précédent, il convient de se fonder sur le dispositif dudit jugement, qui définit en principe l'étendue de la chose jugée au sens matériel (cf. ATF 144 I 11 consid. 4.2, 142 III 210 consid. 2.2 ; arrêt du TF 8C_635/2021 du 13 janvier 2022 consid. 5.2). Cependant, il faudra souvent recourir aux considérants du jugement pour connaître le sens exact, la nature et la portée précise du dispositif (cf. ATF 144 I 11 consid. 4.2, 142 III 210 consid. 2.2, 128

III 191 consid. 4a ; arrêts du TF 8C_108/2022 du 22 septembre 2022 consid. 3.4, 9C_292/2019 du 29 janvier 2020 consid. 3.2 ; arrêt du TAF A-3008/2015 du 6 novembre 2015 consid. 1.5.2), notamment en cas de rejet du recours (cf. ATF 121 III 474 consid. 4a).

E. 3.3.4

Le Tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité devant l'autorité inférieure étaient remplies (cf. ATF 142 V 67 consid. 2.1, 134 V 269 consid. 2, 128 V 89 consid. 2a ; arrêts du TF 9C_490/2020 du 30 juin 2021 consid. 1, B_32/06 du 30 septembre 2009 consid. 1.1). Une autorité administrative ne peut en principe pas entrer en matière sur une prétention déjà jugée définitivement (cf. arrêt du TAF A-3863/2022 du 17 avril 2023 consid. 4.1.1). Si l'autorité inférieure est entrée en matière et a statué sur le fond du litige alors qu'une condition de recevabilité faisait défaut, la décision attaquée doit être annulée (cf. ATF 142 V 67 consid. 2.1, 132 V 93 consid. 1.2).

E. 3.4.1

En l'espèce, la question de l'intérêt courant sur le montant à rembourser par la recourante faisait déjà partie de l'objet du litige dans la précédente procédure. En effet, l'autorité inférieure a, dans sa décision du 15 décembre 2016, statué que les excédents de couverture de l'énergie en approvisionnement de base de la recourante devaient être remboursés aux consommateurs finaux conformément à sa Directive 1/2012 concernant les différences de couverture (cf. pièce n° 1, p. 28, du dossier de l'autorité inférieure). La recourante a ensuite recouru contre cette décision, concluant à son annulation totale. Dans ce cadre, elle a également critiqué la rémunération des différences de couverture et le taux d'intérêt applicable (cf. recours du 1er février 2017, p. 2, 5, 11, 27 et 28, pièce n° 14 jointe au recours du 26 octobre 2022). Le Tribunal administratif fédéral s'est ensuite prononcé au fond sur cette question (cf. arrêt du TAF A-699/2017 précité consid. 7.1.1 in fine, 7.2.3 et 7.3 in fine). Il a rejeté le recours et a ainsi confirmé la décision attaquée. Dans son recours au Tribunal fédéral, la recourante a demandé à ce que l'arrêt du Tribunal administratif fédéral et la décision de l'EiCom soient annulés. Là également, elle a argué qu'aucun intérêt n'était dû sur les excédents de couverture des années tarifaires 2009 et 2010 (cf. recours du 30 septembre 2019 p. 2, 5, 6, 26 et 27, pièce n° 15 jointe au recours du 26 octobre 2022).

E. 3.4.2

Dans son arrêt 2C_828/2019 du 16 juillet 2020, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur le fond de la question de l'intérêt courant sur le montant à rembourser par la recourante, dès lors que les avis des parties divergeaient sur ce point. Il a estimé que l'EiCom, en ordonnant dans le dispositif de sa décision du 15 décembre 2016 que les montants perçus en trop devaient être remboursés aux consommateurs finaux conformément à sa Directive 1/2012, n'avait pas expressément ordonné le paiement d'un intérêt, ni fixé le taux applicable. Il a constaté que, selon son texte clair, la Directive 1/2012 n'envisageait d'intérêt qu'en lien avec les valeurs patrimoniales nécessaires à l'exploitation des réseaux, sans s'intéresser à la question des intérêts pouvant courir en cas de trop-perçus relevant de l'approvisionnement de base en électricité. Il en a déduit que, dès lors que la Directive 1/2012 ne prévoyait aucun intérêt en lien avec la problématique du contrôle des tarifs relevant de l'approvisionnement de base en électricité, le renvoi opéré à ce document par l'EiCom dans sa décision du 16 décembre 2016 n'avait aucune portée. Celle-ci n'avait ainsi ordonné le paiement d'aucun intérêt en lien avec les sommes que la recourante devait rétrocéder à ses consommateurs captifs pour 2009 et 2010. Le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'en allait pas différemment du

Tribunal administratif fédéral, qui ne s'était pas prononcé sur le taux des intérêts prétendument dû et qui n'avait formellement procédé à aucune réforme de la décision au détriment de la recourante (cf. art. 62 al. 2 et 3 PA en lien avec l'art. 37 PA). Il a ajouté qu'une telle « reformatio in pejus » était interdite devant lui (cf. art. 107 al. 1 LTF ; ATF 144 II 233 consid. 2.3). Il en a conclu que la Ville de Lausanne ne doit aucun intérêt sur les trop-perçus qu'elle est tenue de rembourser à ses clients captifs (cf. arrêt du TF 2C_828/2019 précité consid. 9.3). Le Tribunal fédéral a ensuite rejeté le recours dans le sens des considérants, dans la mesure où les parties partaient apparemment de divers présupposés erronés en lien avec la question de l'intérêt courant sur les trop-perçus de la Ville de Lausanne (cf. arrêt du TF 2C_828/2019 précité consid. 10 et dispositif ch. 1). Il a donc explicitement prévu qu'il fallait prendre en compte des considérants pour connaître la portée précise du dispositif de son arrêt.

E. 3.4.3

Malgré la clarté de l'arrêt du Tribunal fédéral, ayant statué au fond sur la question des intérêts courant sur le montant à rembourser par la recourante, l'Elcom et le DETEC ont déposé chacun une demande de révision contre l'arrêt 2C_828/2019. Dans son arrêt en révision, le Tribunal fédéral a rappelé n'avoir jamais nié l'intention de l'ElCom d'imposer un intérêt sur les trop-perçus en matière de différence de couverture, mais qu'il avait retenu que cette volonté n'avait pas été signifiée avec suffisamment de clarté dans la décision du 15 décembre 2016 pour revêtir un effet juridique obligatoire. Il a également noté qu'il incombait à l'ElCom de régler avec clarté la question des intérêts - rémunérateurs ou sur l'enrichissement - courant sur les excédents de couverture, d'autant qu'il s'agit d'une problématique controversée en droit public et que ses implications financières sont importantes. Il a considéré qu'il n'avait pas omis de prendre en considération des faits pertinents ressortant du dossier par inadvertance (cf. art. 121 let. d LTF). Il a rejeté la demande de révision du DETEC dans la mesure de sa recevabilité (cf. arrêt du TF 2F_21/2020 du 15 octobre 2020 consid. 2.3, 2.4 et 3).

E. 3.4.4

Vu la limpidité de ces deux arrêts et le principe de l'autorité de la chose jugée, il est étonnant que l'ElCom ait ouvert une nouvelle procédure de première instance portant en partie sur le même objet du litige déjà tranché définitivement par le Tribunal fédéral, soit sur la question de l'intérêt courant sur le montant à rembourser par la recourante suite aux trop-perçus des années tarifaires 2009 et 2010 de l'énergie. Elle n'invoque d'ailleurs pas de modification des circonstances survenue depuis ces deux jugements pour motiver sa décision. En l'absence de faits nouveaux, l'ElCom n'est pas habilitée à revenir sur une question jugée définitivement sur recours et n'a pas le droit de « corriger » après coup en sa faveur le dispositif de sa décision, entrée en force.

E. 3.4.5

Sur ce vu, le Tribunal retient que l'autorité inférieure a eu tort d'ouvrir une procédure et de statuer à nouveau sur une question déjà jugée au fond définitivement. Elle a eu tort d'obliger la recourante à rémunérer les excédents de couverture de l'énergie des années tarifaires 2009 et 2010 à partir de l'année 2016 et de fixer le solde du fonds de différence de couverture de l'énergie de la recourante de ces années, à fin 2020, à (...) francs. Cependant, la recourante ne remet pas en cause le délai maximum de (...) ans à compter de l'entrée en force de la décision attaquée de l'ElCom, prévu au chiffre 4 du dispositif de la décision

attaquée, pour le remboursement des excédents de couverture 2009 et 2010 au moyen des futurs tarifs de l'énergie. Au contraire, elle a elle-même proposé ce délai (cf. courriel de l'EiCom du 4 mai 2021 et note téléphonique de l'EiCom du 20 avril 2021, pièces nos 6 et 7 du dossier de l'autorité inférieure). Elle a d'ailleurs déjà restitué une première tranche dans le cadre des tarifs 2022 (cf. consid. B.f). Partant, la conclusion 1 du recours du 26 octobre 2022 de la Ville de Lausanne est partiellement admise. Le chiffre 3 du dispositif de la décision de l'EiCom du 20 septembre 2022 est annulé. Le chiffre 4 du dispositif de la décision de l'EiCom du 20 septembre 2022 est annulé, excepté s'agissant du délai maximum de (...) ans pour rembourser les excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 aux consommateurs finaux. Les excédents de couverture de l'approvisionnement de base en énergie électrique de la Ville de Lausanne sont ceux qui ont été fixés par l'autorité inférieure dans sa décision du 15 décembre 2016 et confirmés par le Tribunal fédéral dans son arrêt 2C_828/2019 du 16 juillet 2020. Ils s'élèvent à 18'049'210 francs pour l'année tarifaire 2009 et à 16'029'530 francs pour l'année tarifaire 2010 (cf. consid. A.c et A.e). La recourante ne doit aucun intérêt sur ces trop-perçus. Elle doit les rembourser aux consommateurs finaux dans un délai maximum de (...) ans.

E. 3.5

Vu que la conclusion 1 du recours du 26 octobre 2022 est admise sur la base de l'argumentation principale de la recourante, et qu'aucun intérêt n'est donc dû sur les excédents de couverture de l'énergie pour les années tarifaires 2009 et 2010, il n'y a pas besoin de se prononcer sur les argumentations subsidiaires de la recourante et de l'autorité inférieure. Partant, les questions de la prescription desdits intérêts et de leur base légale peuvent rester ouvertes.

E. 4.1

La recourante souhaite également que le Tribunal administratif fédéral constate que les questions litigieuses ont déjà été décidées de manière exécutoire dans l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_828/2019 du 16 juillet 2020. Elle explique avoir un intérêt digne de protection important à être protégée dans le futur de l'introduction d'une nouvelle procédure pour les mêmes questions. La procédure de contrôle des tarifs 211-00385 doit cesser pour l'objet contenu dans les chiffres 3 et 4 du dispositif de la décision attaquée.

E. 4.2

Selon l'art. 25 al. 1 PA, l'autorité compétente sur le fond a qualité pour constater par une décision, d'office ou sur demande, l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations fondés sur le droit public. Elle donne suite à une demande en constatation si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection (cf. art. 25 al. 2 PA). D'après la jurisprudence, il existe un intérêt digne de protection au sens de l'art. 25 al. 2 PA - qui peut être de nature juridique ou un simple intérêt de fait mais qui, en tout état de cause, doit être particulier, direct et actuel (cf. ATF 120 Ib 351 consid. 3b, 114 V 201 consid. 2c et les arrêts cités ; arrêt du TAF A-6329/2019 du 23 avril 2021 consid. 3.1) - lorsque la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit permet au requérant d'éviter de prendre des dispositions dommageables (cf. arrêts du TAF C-5074/2020 du 25 mai 2021 consid. 4.6.3 ; B-3154/2007 du 23 juin 2007 consid. 2 ; Isabelle Häner, in : Praxiskommentar VwVG, 2ème éd. 2016, art. 25 PA no 8). Il faut en outre que l'intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé de manière aussi efficace au moyen d'une décision formatrice (subsidiarité de la décision de constatation ; cf. ATF 137 II 199

consid. 6.5, 135 III 378 consid. 2.2 ; ATAF 2015/35 consid. 2.2.2 ; arrêt du TAF A-6853/2018 du 12 novembre 2019 consid. 6.2).

E. 4.3

En l'espèce, le Tribunal a admis la conclusion 1 du recours du 26 octobre 2022. L'intérêt de la recourante à être protégée dans le futur de l'introduction d'une nouvelle procédure pour les mêmes questions est donc, en l'état, efficacement et suffisamment préservé par le présent arrêt formateur, annulant les chiffres 3 et 4 du dispositif de la décision attaquée. En outre, c'est la première fois que l'EiCom ouvre à l'encontre de la recourante une nouvelle procédure sur une question déjà tranchée définitivement. Il n'y a pas lieu de partir du principe que l'autorité inférieure ouvrira dans le futur une nouvelle procédure à l'encontre de la recourante sur la question de la rémunération des excédents de couverture de l'énergie des années tarifaires 2009 et 2010. Partant, le Tribunal rejette la conclusion 2 du recours du 26 octobre 2022.

E. 5.1

Finalement, la recourante explique que l'autorité inférieure n'avait pas le droit de régler à nouveau les objets des chiffres 3 et 4 du dispositif. Partant, elle n'était pas autorisée à ouvrir une nouvelle procédure à ce sujet et doit supporter les coûts de procédure qu'elle a causés inutilement. En outre, la recourante soupçonne l'autorité inférieure d'avoir ouvert la partie non attaquée de la procédure de contrôle tarifaire uniquement pour la contraindre à accepter sa position illégale concernant les intérêts. Dans ces circonstances, l'entier des frais de procédure devant l'autorité inférieure de (...) francs doivent être mis à la charge de l'Etat. Subsidiairement, la cause doit être renvoyée à l'autorité inférieure pour nouvelle décision sur les frais avec des instructions impératives, selon lesquelles les frais en rapport avec les objets déjà tranchés doivent être supportés par l'Etat. Pour ce faire, l'EiCom devra déterminer les frais y relatifs.

E. 5.2

L'autorité inférieure indique que l'émolument de (...) francs pour sa décision représente (...) heures de travail au tarif de 250 francs par heure, (...) heures de travail au tarif de 230 francs par heure et (...) heures au tarif de 200 francs par heure. La recourante a provoqué sa décision en ne procédant pas correctement au calcul et au suivi des différences de couverture de l'énergie et à la prise en compte de la rémunération des excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 à partir de 2016, suite à sa décision du 15 décembre 2016. En outre, elle succombe entièrement vu qu'il n'est pas fait droit à ses conclusions. Les frais de procédure devant elle doivent donc être entièrement mis à sa charge.

E. 5.3

L'art. 21 al. 5 LApEl prévoit que les coûts de l'EiCom sont couverts par des émoluments et que le Conseil fédéral fixe les modalités. L'art. 13a let. a de l'ordonnance du 22 novembre 2006 sur les émoluments et les taxes de surveillance dans le domaine de l'énergie (Oémol-En, RS 730.05) spécifie que l'EiCom perçoit des émoluments, notamment pour les décisions prises dans le cadre de l'approvisionnement en électricité. Lorsqu'aucun montant n'a été fixé dans l'annexe pour une décision donnée, l'émolument est calculé en fonction du temps investi. Son montant varie entre 75 et 250 francs l'heure selon la fonction occupée par les personnes en charge du dossier (cf. art. 3 al. 2 Oémol-En). L'art. 1 al. 3 Oémol-En prévoit que l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments (OGE mol, RS 172.041.1) s'applique pour autant que l'Oémol-En ne contienne aucune réglementation

spéciale. Selon l'art. 2 al. 1 OGE mol, toute personne qui provoque une décision est tenue de payer un émolument (cf. arrêts du TAF A-699/2017 précité consid. 8.2, A-321/2017 du 20 février 2019 consid. 24.2 et les réf. cit.).

E. 5.4

En l'espèce, la décision du 20 septembre 2022 de l'autorité inférieure n'a été attaquée que partiellement par la recourante. Or, l'EiCom avait calculé un émolument de (...) francs pour l'entier de sa décision. Le Tribunal ne connaît pas le nombre d'heures investi et le tarif applicable pour la partie attaquée et annulée de la décision. Partant, la conclusion 3 subsidiaire du recours du 26 octobre 2022 de la recourante est admise. Le chiffre 5 du dispositif de la décision de l'EiCom du 20 septembre 2022 est annulé et la cause renvoyée à l'EiCom pour nouvelle décision sur les émoluments de la procédure devant elle. L'EiCom devra déterminer les frais relatifs à la partie annulée de sa décision et les mettre entièrement à la charge de l'Etat. En effet, l'autorité inférieure a ouvert à tort une nouvelle procédure sur la question de l'intérêt courant sur le montant à rembourser par la recourante pour les années tarifaires 2009 et 2010. La recourante n'a pas provoqué une décision à ce sujet. Le solde des émoluments afférant à la partie non attaquée de la décision sera mis à la charge de la recourante.

E. 6

Pour résumer, le Tribunal retient que l'autorité inférieure a eu tort d'obliger la recourante à rémunérer les excédents de couverture de l'énergie des années 2009 et 2010 à partir de l'année 2016. Partant, le solde du fonds de différence de couverture de l'énergie de la recourante des années 2009 et 2010 ne s'élève pas, à fin 2020, à (...) francs. Les excédents de couverture de l'approvisionnement de base en énergie électrique de la Ville de Lausanne s'élèvent à 18'049'210 francs pour l'année tarifaire 2009 et à 16'029'530 francs pour l'année tarifaire 2010. La recourante doit rembourser ces montants aux consommateurs finaux, dans un délai maximum de (...) ans. Elle ne doit aucun intérêt sur ces trop-perçus (cf. consid. 3.4.5). La conclusion en constatation de la recourante est rejetée (cf. consid. 4.3). La cause est renvoyée à l'EiCom avec instructions impératives pour nouvelle décision sur les émoluments de la procédure devant elle (cf. consid. 5.4).

E. 7

Il reste à examiner la question des frais et des dépens.

E. 7.1

La recourante fait valoir que les frais de la présente procédure de recours doivent être mis à la charge de l'Etat et qu'il doit lui être accordé une indemnité de partie adéquate.

E. 7.2.1

En règle générale, les frais de procédure, comprenant l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours, sont généralement mis, dans le dispositif, à la charge de la partie qui succombe. Si celle-ci n'est déboutée que partiellement, ces frais sont réduits. À titre exceptionnel, ils peuvent être entièrement remis (cf. art. 63 al. 1 PA). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées ; si l'autorité recourante qui succombe n'est pas une autorité fédérale, les frais de procédure sont mis à sa charge dans la mesure où le litige porte sur des intérêts pécuniaires de collectivités ou d'établissements autonomes (cf. art. 63 al. 2 PA). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la

difficulté de la cause, de la manière de procéder des parties et de leur situation financière. Son montant est fixé entre 200 et 50 000 francs dans les contestations pécuniaires (cf. art. 63 al. 4bis let. b PA en relation avec les art. 2 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]).

E. 7.2.2

Le Tribunal peut, d'office ou sur requête, allouer à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA, art. 7 ss FITAF). Lorsqu'une partie n'obtient que partiellement gain de cause, les dépens auxquels elle peut prétendre sont réduits en proportion (cf. art. 7 al. 2 FITAF). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (cf. art. 7 al. 3 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais de partie (art. 8 al. 1 FITAF). Les frais de représentation incluent les honoraires d'avocat (cf. art. 9 al. 1 let. a FITAF). En l'absence de décompte présenté au Tribunal, il appartient à celui-ci de fixer l'indemnité due à titre de dépens selon sa libre appréciation et sur la base du dossier, une motivation sommaire à ce sujet étant suffisante (cf. art. 14 al. 2 FITAF ; arrêts du TAF A-1900/2019 précité consid. 10.1, A-7744/2015 du 29 novembre 2017 consid. 10.2.1, A-1017/2015 du 9 mai 2016 consid. 9.2).

E. 7.3.1

En l'espèce, la recourante obtient en grande partie gain de cause. Elle ne doit supporter aucun frais de procédure. L'avance de frais de (...) francs qu'elle a versée lui sera restituée après l'entrée en force du présent arrêt. Aucun frais de procédure n'est mis à la charge de l'autorité inférieure.

E. 7.3.2

En outre, la recourante a droit à des dépens dans la mesure où le litige porte sur ses intérêts pécuniaires (cf. arrêt du TF 2C_828/2019 du 16 juillet 2020 consid. 11 ; Moser/Beusch/Kneubühler/Kayser, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3e éd. 2022, p. 304 n. 4.66). Elle obtient majoritairement gain de cause. Au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, de l'importance de l'affaire, du degré de difficulté de cette dernière et de l'ampleur du travail accompli par le mandataire des recourants, l'indemnité de dépens entière sera fixée à (...) francs et mise à la charge de l'autorité inférieure. En tant qu'autorité fédérale, l'autorité inférieure qui succombe en grande partie n'a pas droit à des dépens. (le dispositif est porté à la page suivante)

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