

# **ELCOM 211-00302-IVoIA- vom 9. April 2019**

ElCom, 2019-04-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom\\_211-00302-IVoIA-](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_211-00302-IVoIA-)

FR: ELCOM 211-00302-IVoIA- du 9 avril 2019

IT: ELCOM 211-00302-IVoIA- del 9 aprile 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Compétence 11 A teneur de l'article 22 LApEl, l'ElCom surveille le respect de la loi, prend les mesures et rend les décisions nécessaires à l'exécution de loi et des dispositions d'exécution. 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 (article 22, alinéa 2, lettres a et b LApEl). 12 Dans le cas d'espèce, la procédure porte sur la vérification d'office des coûts de l'énergie imputables de la destinataire de la décision pour les années 2013 à 2018. La législation sur l'approvisionnement en électricité (LApEl ; ordonnance du 14 mars 2008 [OApEl ; RS 734.71]) contient diverses prescriptions relatives à la fixation des tarifs pour les consommateurs finaux captifs, d'une part, et à la composition des coûts de l'énergie imputables (art. 6, LApEl, art. 4, OApEl), d'autre part. La décision concerne ainsi un domaine central de la législation sur l'approvisionnement en électricité. Par conséquent, la compétence de l'ElCom est donnée.

### **E. 2**

Parties et droit d'être entendu

#### **E. 2.1**

Parties 13 La procédure de l'ElCom est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021 ; cf. art. 1, al. 2, let. d, PA ainsi que l'art. 11 du Règlement interne de la Commission de l'électricité du 12 septembre 2007 ; RS 734.74) 14 Sont admises comme parties au sens de l'article 6 PA, les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités, qui disposent d'un moyen de droit contre la décision. 15 De 2013 à 2018, la destinataire de la décision assumait les tâches qui incombent aux gestionnaires de réseau dans le réseau de distribution qui lui a été attribué. A ce titre, elle fournissait l'énergie électrique aux consommateurs finaux de sa zone de desserte. La présente procédure vérifie de façon plus approfondie les coûts de l'énergie imputables de la destinataire de la décision pour les années 2013 à 2018. Ainsi, la destinataire de la décision est directement touchée dans ses droits et obligations. Elle revêt donc la qualité de partie au sens de l'article 6 PA.

#### **E. 2.2**

Droit d'être entendu 16 Par courrier du 27 février 2017 (pièce 1), la destinataire de la décision a été avertie que l'autorité de céans se réservait le droit d'ouvrir une procédure en vérification des tarifs de l'énergie en ce qui concerne les coûts de l'énergie. Par courrier recommandé du 26 avril 2018 (pièce 2), le ST ElCom a demandé à la destinataire de la décision d'adapter sa comptabilité analytique. Par courrier du 30 mai 2018 (pièce 3), celle-ci a refusé d'y donner suite en renonçant à transmettre de nouvelles versions du

formulaire 5.1 de la comptabilité analytique. Par courrier recommandé du 16 juillet 2018 (pièce 4), le ST ElCom a donc fixé un ultime délai à la destinataire de la décision pour donner suite à son courrier recommandé du 26 avril 2018 (pièce 2). Un collaborateur de la destinataire de la décision, et le Chef de la Section Prix et Tarif du ST ElCom, se sont entretenus téléphoniquement en date du 18 juillet 2018 (cf. pièces 5 et 7). Par courrier du 23 août 2018 (pièce 5), la destinataire de la décision a maintenu sa position et a renvoyé à la comptabilité

6/12

analytique qu'elle a déjà déposée par le passé (pièce 6). Par courrier recommandé du 8 novembre 2018 (pièce 7), le ST ElCom a donc formellement ouvert une procédure en vérification des tarifs de la destinataire de la décision qui porte sur les coûts de l'énergie et les tarifs de l'énergie des SIG pour les années 2013 à 2018. Il a versé au dossier de la cause la correspondance échangée jusqu'alors entre la destinataire de la décision et lui-même. Il lui a également à nouveau fixé un délai pour recalculer ses coûts conformément à la pratique de l'autorité de céans qui repose sur la méthode du prix moyen. Ainsi et enfin, la destinataire de la décision a déposé, en date du 6 février 2019 et par courrier recommandé, une prise de position (pièce 14) par laquelle elle conclut notamment et en substance à l'abandon de la présente procédure. Tant les conclusions de la destinataire de la décision que ses arguments ont été pris en compte par l'autorité de céans dans le cadre de l'appréciation matérielle du cas d'espèce. Ainsi, le droit d'être entendu est respecté (art. 29, PA).

### **E. 3**

Vérification des coûts et tarifs de l'énergie pour les années 2013 à 2018

#### **E. 3.1**

Allégués de la destinataire de la décision 17 La destinataire de la décision a demandé en substance principalement à ce que la procédure concernant la vérification des coûts et tarifs de l'énergie pour les années 2013 à 2018 ouverte à son encontre soit abandonnée sans réserve (prononcé de la clôture définitive de la procédure) et subsidiairement à ce que la légalité de son ouverture soit établie et justifiée préalablement dans une décision formelle sujette à recours. 18 A l'appui de ses conclusions, elle estime avoir toujours rempli à l'égard de l'ElCom ses obligations légales de déclaration des coûts et des tarifs et relève que l'ElCom n'a jamais émis de réserves dans ses courriers. Pour elle, c'est contre toute attente que l'ouverture de la présente procédure lui a été notifiée par courrier recommandé du 8 novembre 2018 (pièce 7). Il découlerait en effet de la correspondance échangée jusqu'alors entre elle et le ST ElCom que, en raison de la situation juridique incertaine et des délibérations parlementaires en cours, l'autorité de céans aurait décidé de s'abstenir d'engager une procédure formelle à l'encontre de la destinataire de la décision pour les années antérieures à 2019. 19 Une vérification des années 2013 à 2018 constituerait également une application rétroactive du droit à des faits passés, ayant déjà été évalués par l'ElCom ou, plus exactement par son secrétariat technique. Du point de vue de la destinataire de la décision, l'application rétroactive de la méthode du prix moyen et des dispositions relatives à la rémunération des installations de production d'énergie et des différences de couverture pour l'énergie s'oppose à un réexamen des années 2013 à 2018. Pour elle en effet, en date du 27 février 2017 (pièce 1, ch. marg. 1), date du premier courrier par lequel le ST ElCom a notifié à la destinataire de la décision qu'il a été constaté qu'elle

aurait potentiellement appliqué des tarifs ou calculé des coûts pour les différences de couverture qui ne correspondent vraisemblablement pas à la méthode du prix moyen, il n'était plus possible de modifier les paramètres tarifaires en ce qui concerne les années 2013 – 2017. Les années tarifaires 2013 à 2017 étaient en effet terminées. Les tarifs pour l'année tarifaire 2018 ont quant à eux été communiqués à l'ElCom et publiés en date du 31 août 2017, à un moment où l'ElCom ne s'était non seulement pas opposé à la destinataire de décision en ce qui concerne la méthode tarifaire par des réserves concrètes, mais que le ST ElCom lui aurait encore donné l'assurance, par courrier du 27 février 2017 (pièce 1), que l'ElCom s'abstiendrait expressément de la poursuivre. Les conditions établies dans la pratique, qui non seulement ré- gissent l'interdiction de la rétroactivité des actes proprement dite, mais s'appliquent également à l'appréciation de la légalité d'un changement de pratique rétroactif, ne seraient en l'espèce pas

7/12

remplies. Le législateur n'aurait en effet pas émis de règle en ce qui concerne l'application ré- troactive de la méthode du prix moyen. La destinataire de la décision estime en outre que la durée de l'effet rétroactif de cinq ans jusqu'à une prétendue prescription est excessive. La prescription constituerait une limite extrême et absolue pour faire valoir un droit se rapportant au passé. Ainsi, l'épuisement de la limite maximale de cinq ans ne peut être qualifié de modéré dans le temps. En outre, la destinataire de la décision fait valoir que la méthode du prix moyen, dont le Tribunal fédéral s'est contenté de dire qu'elle ne pouvait pas être qualifiée d'inappropriée, ne constitue pas un motif valable justifiant un effet rétroactif global sur une longue période. Elle estime égale- ment implicitement que cet arrêt n'est applicable que dans le cas concret qu'il concerne. [...]. La destinataire de la décision estime aussi que la mise en œuvre exigée par le ST ElCom est diamétralement opposée aux objectifs de l'article 1 LApEl. La sécurité de l'approvisionnement et la compétitivité internationale sur le marché suisse de l'électricité seraient menacées par le manque de sécurité de la planification (pièce 14). 20 Enfin, la destinataire de la décision estime que l'application de la méthode du prix moyen viole le principe de causalité ancré dans la LApEl, d'une part, et les droits constitutionnels que sont la garantie de la propriété ainsi que la liberté économique, d'autre part. (pièce 14).

### **E. 3.2**

Appréciation des allégués de la destinataire de la décision

#### **E. 3.2.1**

Ouverture de la procédure contre toute attente 21 La destinataire de la décision estime notamment que les faits ont déjà été évalués par l'autorité de céans et sont donc réglés. Il convient de noter que les réponses, qui sont pour la plupart automatisées, et qui concernent la comptabilité analytique ne constituent pas une véritable pro- cédure de vérification des tarifs de l'ElCom, mais qu'elles servent avant tout à assurer une décl- aration uniforme et correcte des valeurs propres de l'entreprise dans la comptabilité analytique. A ce stade, le ST ElCom signale aux gestionnaires de réseaux de distribution des anomalies ou des erreurs dans la comptabilité analytique. Cette procédure ne constitue donc pas un examen spécifique des tarifs ni une approbation des coûts présentés. Les comptabilités analytiques cor- rigées à la suite des premiers retours d'information à leur sujet aident le ST ElCom à déterminer les coûts et tarifs de quels gestionnaires de réseau de distribution doivent être examinés plus en détail. Dès lors, l'ElCom n'ouvre une procédure formelle que dans

quelques cas et ne peut le faire régulièrement qu'avec un certain retard (pour la nature de la comptabilité analytique, cf. ST ElCom, Séance d'information pour gestionnaires de réseau 2013, diapositives 27 ss, télé-chargeable sur : [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Documentation > Manifestations > Séances d'information pour gestionnaires de réseau > Séances d'information 2013, consulté le 01.04.2019). Selon l'article 22, alinéa 2, lettre b LApEl, l'ElCom est compétente pour vérifier d'office les tarifs de l'électricité ; elle peut exiger une réduction des tarifs (ex post) ou s'opposer à une augmentation (ex ante) (Conseil fédéral, Message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité [04.083 ; ci-après : MCF], FF 2005 1545 s. ; cf. également TAF, arrêt du 10 décembre 2013, A-3343/2013, consid. 1.1.2.5). L'ElCom peut donc également engager des procédures se rapportant à des années tarifaires passées.

8/12

22 Cependant, le MCF (FF 2005 1545) ne précise pas ce que cela signifie en termes de délai. Ni la LApEl ni l'OApEl ne précisent donc à partir de quand l'ElCom ne peut plus intervenir après coup (ex post) et ordonner des adaptations. Dans ce contexte, la destinataire de la décision mentionne le délai de prescription de cinq ans selon le droit des obligations. A noter que tant le droit fiscal (cf. art. 120 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 [LIFD ; RS 642.11]) que le droit civil (cf. art. 127 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse [Livre cinquième : Code des obligations] du 30 mars 1911 [CO ; RS 220]) prévoient des délais de cinq ans. Si l'on applique par analogie un délai de cinq ans au cas présent, il devient évident que les années 2013 à 2018 sont comprises dans ce délai et doivent donc encore être revues. L'ElCom a donc également agi correctement sur ce point. 23 Compte tenu de la manière de procéder du ST ElCom et des instruments dont il dispose dans le cadre des procédures d'examen, on ne peut pas considérer que l'autorité de céans ait examiné – et encore moins approuvé – les valeurs déclarées dans la comptabilité de la destinataire de la décision, notamment en ce qui concerne la méthode du prix moyen. L'autorité de céans a indiqué à plusieurs reprises que, selon elle, l'imputation des coûts aux consommateurs finaux avec approvisionnement de base doit se faire selon la méthode dite du prix moyen (cf., par exemple : ElCom, décision du 15 avril 2013, 957-08-141, consid. 6.3.4 ; décision du 22 janvier 2015, 957-09-127, consid. 2.2.1.3, toutes deux téléchargeable sous : [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Documentation > Décisions, consulté le 01.04.2019 ; ST ElCom, Séance d'information pour gestionnaires de réseau 2015, diapositives 119 ss, téléchargeable sur : [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Documentation > Manifestations > Séances d'information pour gestionnaires de réseau > Séances d'information 2015, consulté le 01.04.2019). Lors de la séance d'information des gestionnaires de réseau de 2016 et de 2017, l'ElCom a également indiqué qu'en raison des procédures de recours en cours à ce sujet, toutes les procédures déjà engagées étaient alors momentanément suspendues et que, une fois la situation clarifiée (dans le cadre des débats au Parlement sur l'abrogation de l'article 6, alinéa 5 LApEl), une solution sera recherchée avec les gestionnaires de réseau qui, dans une large mesure, n'ont pas respecté la règle (cf. ST ElCom, Séance d'information pour gestionnaires de réseau 2016, diapositive 49 ; ST ElCom, Séance d'information pour gestionnaires de réseau 2017, diapositives 22 ss, tous deux téléchargeables sur : [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Documentation > Manifestations > Séances d'information pour gestionnaires de réseau > Séances d'information 2016 / 2017, consulté le 01.04.2019). Par ailleurs, l'autorité de céans a déjà indiqué dans sa Newsletter

8/2016 (www.elcom.admin.ch > Documentation > Newsletter, consulté le 01.04.2019) que des corrections devront être apportées à l'application du prix moyen lors de l'attribution des coûts de l'énergie imputables à l'approvisionnement de base (pour les années passées jusqu'en 2013). Durant toutes ces années, l'ElCom a ainsi toujours communiqué son avis en matière d'imputation des coûts à l'approvisionnement de base et a mené ses procédures d'examen en conséquence (ElCom, décision incidente du 7 février 2019, 211-00300, consid. 3.2, ch. marg. 21 – 24, pp. 6 s.). Dans un arrêt, le TAF a d'ailleurs estimé que, contrairement à l'opinion du recourant, les avis émis par l'autorité inférieure, en l'espèce l'autorité de céans, pourraient – si tant est qu'il y en ait eus – tout au plus être compris comme une tolérance temporaire d'une situation illégale. Pour se prévaloir du droit à l'égalité dans l'illégalité, la jurisprudence constante n'est en effet pas suffisante. L'arrêt portait en outre précisément sur l'annonce faite par l'ElCom lors du Congrès suisse de l'électricité du 13 janvier 2017 selon laquelle, en raison de la situation juridique peu claire, elle attendait actuellement et cherchait, après clarification de la situation juridique, une solution avec les gestionnaires de réseau qui n'avaient pas, dans une large mesure, respecté les règles (et notamment celle de la méthode du prix moyen) (TAF, arrêt du 20 février 2019, A-321/2017, consid. 19.7, p. 48). 24 Dès lors, il est incompréhensible que la destinataire de la décision se plaise à croire en toute bonne foi que, en ce qui concerne la méthode du prix moyen, il s'agisse d'un changement de pratique rétroactif et qu'aucune correction ne doive être apportée pour les années passées.

9/12

### **E. 3.2.2**

Application rétroactive du droit à des faits passés 25 La destinataire de la décision mentionne en outre l'effet rétroactif. Par effet rétroactif, on entend l'application d'un nouveau droit à des faits régis par l'ancien droit (TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4e ed., Berne 2014, ci-après : TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER, § 24 ch. marg. 21, p. 203). La rétroactivité implique par conséquent un changement du droit. Or, les bases juridiques pertinentes pour la présente procédure n'ont pas changé : tant l'article 6, alinéa 5 LApEl, dont découle la méthode du prix moyen, que l'article 4, alinéa 1 OApEl, duquel l'autorité de céans infère le droit à un bénéfice approprié pour la production également, sont tous deux en vigueur depuis l'entrée en vigueur de la législation sur l'approvisionnement en électricité. Les vérifications de l'autorité de céans en lien avec la méthode du prix moyen, qui se sont poursuivis après l'arrêt déterminant du Tribunal fédéral (ATF 142 II 451) et après les débats qui ont suivi aux Chambres fédérales, n'ont donc subi aucun changement sur le fond. Or, il ne peut y avoir d'effet rétroactif sans modification du droit. La régulation ex post n'implique pas en tant que telle un effet rétroactif (ElCom, décision incidente du 7 février 2019, 211-00300, consid. 3.2, ch. marg. 25, p. 8). 26 Comme cela a déjà été démontré plus avant (ch. marg. 23), la pratique de l'autorité de céans, respectivement du ST ElCom, a toujours été constante dans l'application de la méthode du prix moyen comme mise en œuvre de l'article 6, alinéa 5 LApEl qui dispose que 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 pour la période sous revue. Il n'y a donc pas eu de changement de pratique en la matière.

### **E. 3.2.3**

Autres points soulevés par la destinataire de la décision 27 La destinataire de la décision ne démontre pas en quoi l'application de la méthode du prix moyen violerait le principe de causalité ancré dans la LApEl, d'une part, et les droits constitutionnels que sont la garantie de la propriété ainsi que la liberté économique, d'autre part. 28 Premièrement, en ce qui concerne le principe de causalité ancré dans la LApEl, il se réfère à la rémunération pour l'utilisation du réseau (art. 14, al. 3, let. a et e), et non aux tarifs de l'énergie. Alors certes, les articles 1, alinéa 2, lettre b et 5, alinéa 1, lettres a et c de la loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie (LEne ; RS 730.0) prévoient une utilisation efficace de l'énergie comme mise en œuvre du principe de causalité. Toutefois, la méthode du prix moyen, en répercutant proportionnellement sur les consommateurs captifs et les clients au marché le bénéfice que les gestionnaires de réseau tirent du libre accès au réseau répond non seulement à l'exigence fixée par l'article 6, alinéa 5 LApEl, mais encore met en œuvre le principe de causalité dont se prévaut la destinataire de la décision. En effet, cette méthode prévoit que le portefeuille d'approvisionnement du gestionnaire de réseau est ventilé entre les deux principaux groupes de clients en fonction du volume d'énergie nécessaire à chacun d'entre eux, ce qui remplit pleinement le critère de la causalité. 29 Deuxièmement, la garantie de la propriété est une liberté protégée par l'article 26 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101 ; cf. AUER ANDREAS / MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse – Volume II – Les droits fondamentaux, 3e édition, Berne 2013, ci-après : AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, ch. marg. 788 s., p. 375). Toutefois, si l'on peut admettre que la propriété protège un comportement déterminé, à savoir tout ce que le propriétaire peut faire ou ne pas faire avec ses biens, le contenu et les limites de ce comportement doivent nécessairement être définis par l'ordre juridique. Ainsi, c'est bien l'ordre juridique qui doit dire en détail ce que le particulier peut entreprendre avec sa propriété, en fonction de la nature de celle-ci, du lieu où elle se trouve, du moment où l'usage

10/12

intervient et de la personne du propriétaire. C'est lui aussi qui doit définir les responsabilités qui incombent à ce dernier (AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, ch. marg. 790, p. 376). En l'espèce, l'on ne voit pas en quoi la méthode du prix moyen violerait la garantie de la propriété, ce d'autant plus qu'il s'agit d'une mise en œuvre d'une notion juridique fixée dans une base légale formelle, à savoir l'article 6, alinéa 5 LApEl. Le contenu et les limites de la propriété en matière d'approvisionnement en électricité a donc été défini par l'ordre juridique. 30 Troisièmement et enfin, la liberté économique est une liberté protégée par l'article 27, alinéa 1 Cst. De façon générale, cette disposition constitutionnelle a pour but de protéger toute activité économique privée tendant à la production d'un gain, soit toute activité exercée par une personne dans un but lucratif (cf. AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, ch. marg. 882 s., p. 415). La législation fédérale sur l'approvisionnement en électricité trouve son fondement dans les articles 89, 91, alinéa 1, 96 et 97, alinéa 1 Cst. Cette dernière disposition constitutionnelle prévoit la protection des consommateurs finaux. Fondé sur une base légale formelle (art. 6, al. 5, LApEl), justifié par un intérêt public qui plus est constitutionnellement reconnu (la protection des consommateurs, art. 97, al. 1, Cst.) et proportionnée (seule une très petite parcelle de la liberté économique de la destinataire de la décision est concernée), la méthode du prix moyen constitue une restriction autorisée des droits fondamentaux et correspond aux critères fixés par l'article 36 Cst.

### **E. 3.3**

Synthèse 31 Vu les arguments invoqués par la destinataire de la décision, la procédure en vérification des coûts et tarifs de l'énergie pour les années 2013 à 2018 ne doit pas être close à l'heure actuelle. 32 Il résulte de ce qui précède que la démarche suivie par le ST ElCom dans le cadre de la présente procédure en vérification des coûts et tarifs de l'énergie est conforme aux exigences du droit de l'approvisionnement en électricité et que la requête de clôture de cette procédure doit être rejetée.

### **E. 4**

Emoluments 33 Pour ses décisions dans les domaines de l'approvisionnement en électricité, l'ElCom prélève des émoluments (art. 21, al. 5, LApEl, art. 3a, 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]). Ces émoluments sont calculés en fonction du temps consacré au dossier et varient suivant la classe de fonction du personnel exécutant de 75 francs à 250 francs l'heure (art. 3, Oémol-En). 34 Pour la présente décision, l'émolument perçu s'élève à [...] francs, représentant [...] heures de travail facturée au tarif de 250 francs / heure, [...] heures de travail facturées au tarif de 230 francs / heure et [...] heures au tarif de 200 francs / heure. 35 Celui qui provoque une décision est tenu de payer l'émolument (art. 1, al. 3, Oémol-En en lien avec l'art. 2, al. 1, de l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004 [OGEmol ; RS 172.041.1]). En l'espèce, la destinataire de la décision a provoqué la présente décision du fait que celle-ci a été rendue à sa demande et qu'elle succombe en tous points dans la mesure où il n'est pas fait droit à ses conclusions. Les frais de procédure sont donc mis entièrement à la charge de la destinataire de la décision.

11/12

### **III Dispositif**

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

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