

ELCOM le-contrôle-des-tarifs-de-l'énergie-2009-et-2010-de-la-zone-de-desserte-de-la-soc-9BLf06 vom 13. Dezember 2012

ElCom, 2012-12-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_le-contrôle-des-tarifs-de-l'énergie-2009-et-2010-de-la-zone-de-desserte-de-la-soc-9BLf06

FR: ELCOM

le-contrôle-des-tarifs-de-l'énergie-2009-et-2010-de-la-zone-de-desserte-de-la-soc-9BLf06 du 13 décembre 2012

IT: ELCOM

le-contrôle-des-tarifs-de-l'énergie-2009-et-2010-de-la-zone-de-desserte-de-la-soc-9BLf06 del 13 dicembre 2012

Erwägungen

E. 1

Compétence 11 La Commission fédérale de l'électricité (ElCom) rend les décisions nécessaires à l'exécution de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.7 ; LApEl) et de ses dispositions d'exécution (article 22, alinéa 1, LApEl). En vertu de l'article 22, alinéa 2, lettre b, LApEl, l'ElCom est compétente pour connaître d'office des demandes concernant les tarifs de l'électricité. La présente décision a pour objet les coûts de gestion, bénéfice inclus, de la vente d'énergie à l'approvisionnement de base par la destinataire de la décision. Il s'agit d'un domaine relevant de la législation sur l'approvisionnement en électricité. La compétence de l'ElCom est dès lors donnée. 12 La procédure est menée d'office.

E. 2

Parties 13 Sont admises comme parties au sens de l'article 6, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021 ; 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. En première instance, sont parties toutes les personnes ou organisations qui auraient qualité pour recourir contre la décision à prendre (MOOR PIERRE, Droit administratif – Volume II – Les actes administratifs et leur contrôle, 2e édition, Berne 2002, pp. 250 ss). L'article 48, alinéa 1, lettre c, PA prévoit que quiconque a un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée a la qualité pour recourir. 14 En l'espèce, la destinataire de la décision revêt la qualité de gestionnaire de réseau de distribution (GRD) de la zone de desserte dont les coûts de gestion, bénéfice inclus, de la vente d'énergie à l'approvisionnement de base font l'objet de contrôle dans le cadre de la présente procédure. Elle

5/31

bénéficie des droits et assume les obligations inhérents aux gestionnaires de réseau de distribution relatifs au réseau de distribution (articles 8 ss, LApEl) et à la vente d'énergie à l'approvisionnement de base (articles 6, LApEl et 4, de l'ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité ; RS 734.71 ; OApEl). Ainsi, elle fournit en énergie des consommateurs finaux. La présente décision contrôle les tarifs de l'énergie 2009 et 2010

(cf. chapitre 6 notamment). Elle est dès lors directement touchée dans ses droits et obligations et bénéficie de la qualité de partie au sens de l'article 6, PA. 15 En outre, aucun plaignant ne s'est constitué partie à la procédure.

E. 3

Allégués de la destinataire de la décision 16 Par prise de position du 30 septembre 2011 (act. 15), la destinataire de la décision conclut : « Préalablement ■ Fixer un délai complémentaire à la SEIC pour verser à la procédure le décompte des coûts pour 2010. Principalement ■ Renoncer à ordonner à la SEIC de restituer tout ou partie des montants perçus auprès de ses clients en 2009 et 2010. ■ Prononcer en conséquence la clôture de la procédure formelle en contrôle des tarifs 2009 et 2010 n° 957-09-094. Subsidièrement et en tout état ■ Fournir à la SEIC l'ensemble des données relatives à l'enquête relative au calcul des coûts pour les tarifs 2010, en explicitant : a) les caractéristiques de chaque entreprise de distribution (ou du moins en regroupant les données par caractéristiques-types) quant à leur modèle d'approvisionnement (production propre ; intégration verticale ou horizontale ; étendue de l'approvisionnement direct sur le marché) ; b) le calcul de la valeur médiane de CHF 74.- et de la marge de sécurité de CHF 21.- ; c) les motifs par lesquels l'EiCom considère pouvoir donner une force de valeur-limite obligatoire, sous suite d'obligation de restituer, à la valeur médiane (majorée ou non de la marge de sécurité) précitée déduite de l'enquête comparative des tarifs 2010 (ou de tout autre document produit selon ce qui précède). ■ Octroyer à la SEIC un délai d'au moins 60 jours, à réception des pièces et explications sollicitées ci-dessus, pour se déterminer. »

17 A l'appui de ses conclusions, la destinataire de la décision expose en substance que le bénéfice de 10% sur les coûts d'achat ainsi que celui de 10% sur les coûts de gestion (distribution) n'en sont pas au sens comptable. En effet, ils sont réinvestis dans l'amélioration et la consolidation du réseau (act. 15, ch. 10 à 12) et servent à pallier aux risques engendrés par l'approvisionnement structuré mis en place avec d'autres gestionnaires de réseau de distribution au travers de la société B SA

6/31

(act. 15, ch. 29 à 35). Elle dénie ensuite à l'EiCom la compétence de fixer une valeur limite obligatoire aux coûts de gestion et au bénéfice réalisables par les gestionnaires de réseau de distribution et conteste la méthode de calcul retenue pour les déterminer. Elle se prévaut également de son droit d'être entendue pour accéder l'ensemble des données relatives à l'enquête concernant le calcul des coûts pour les tarifs 2010 afin de se déterminer en connaissance de cause sur la méthode appliquée par l'EiCom. Elle conteste de ce fait la pratique de l'EiCom en matière de protection des données et des secrets d'affaires. Elle se prévaut également de l'article 19, alinéa 1, OApEl (efficacité comparée) et estime que l'EiCom n'a pas tenu compte des différences structurelles qui la différencient des autres gestionnaires de réseau de distribution. Ainsi, la pratique de l'EiCom violerait ses droits procéduraux protégés par les articles 29, de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101 ; Cst.) et 29 et 35, PA. Enfin, la destinataire de la décision se prévaut également de la législation sur la surveillance des prix dont elle requiert l'application de certaines dispositions par analogie. 18 Suite au courrier explicatif du ST EiCom du 24 novembre 2011, la destinataire de la décision prend position selon courrier du 26 janvier 2012 et confirme sa prise de position antérieure en complétant ses conclusions comme suit (act. 17) : « Pour l'ensemble de ces motifs et ceux déjà exposés dans ses

déterminations du 30 septembre 2011, SEIC s'oppose donc à ce que l'ElCom lui enjoigne, par décision, une réduction des tarifs 2009 et 2010 et une restitution correspondante à ses clients. » 19 Elle reprend, en la précisant, son argumentation antérieure. Elle la complète en arguant notamment que la pratique de l'ElCom va à l'encontre de la politique énergétique fédérale actuelle de promotion des économies d'énergie. En effet, des tarifs élevés incitent à économiser l'énergie. Elle poursuit en expliquant que, afin de permettre la réalisation de l'approvisionnement structuré mis en place, elle a pris des parts dans C Sàrl pour laquelle elle s'est engagée à assumer les risques financiers. Elle se prévaut en conséquence de frais d'auto-assurance pour faire face à ces risques. Ensuite, elle propose une ventilation de ses coûts de gestion différente de celle présentée dans son courrier du 10 juin 2010 (act. 10). Pour terminer, elle se prévaut de la liberté économique protégée par l'article 27, Cst. Toute limitation du bénéfice enfreint cette liberté si elle ne repose pas sur une base légale formelle comme l'exigent les articles 36 et 164, alinéa 1, let. b, Cst. Ainsi, l'article 19, OApEl ne constituerait pas une base légale suffisante pour limiter ce bénéfice. 20 Dans ses courriers des 15 mai et 15 juin 2012 (act. 21 et 24), la destinataire de la décision reprend, en la précisant, son argumentation antérieure. En outre, elle joint au second courrier le rapport de A SA intitulé « Argumentaire sur le contrôle des coûts dans l'approvisionnement de base en énergie par l'ElCom ». Tout en insistant sur la nécessité de différencier les sociétés en fonction de leur situation concrète, elle entreprend une comparaison avec Romande Energie fondée sur les rapports d'activité de celle-ci. 21 Les arguments de la destinataire de la décision seront repris ci-après tant que nécessaire.

7/31

E. 4

Protection des secrets d'affaires et violation du droit d'être entendu

E. 4.1

Protection des secrets d'affaires 22 La destinataire de la décision a demandé que l'ElCom lui transmette l'ensemble des données issues de l'enquête relative au calcul des coûts pour les tarifs 2010 (comptabilité analytique), (act. 15, ch. III, B, 3, b, p. 21 notamment). Cela reviendrait à transmettre à la destinataire de la décision les fichiers de calcul des coûts pour les tarifs 2010 (comptabilité analytique) détaillés qu'environ soixante gestionnaires de réseau ont déposé auprès de l'ElCom en vertu d'une obligation légale (article 11, alinéa 1, 1ère phrase, LApEl). 23 Conformément à l'article 27, alinéa 1, lettre b, PA, l'autorité ne peut refuser la consultation des pièces que si des intérêts privés importants, en particulier ceux de parties adverses, exigent que le secret soit gardé. Le secret est ainsi requis pour les secrets d'affaires de parties adverses ou de tiers, comme par exemple des concurrents (WALDMANN BERNHARD / OESCHGER MAGNUS, Commentaire ad article 27, PA, in : WALDMANN BERNHARD / WEISSENBERGER PHILIPPE [éd.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, ci-après WALDMANN / WEISSENBERGER, n. 35, pp. 587 s.). Dans ce contexte, le Tribunal fédéral retient que, concernant l'exposé des motifs d'une décision ainsi que dans la procédure elle-même, il convient de dûment tenir compte des intérêts des parties au maintien du secret (TF, arrêt du 1er octobre 2004, 2A.586/2003, 2A.610/2003, consid. 6.1 ; ElCom, décision du 6 mars 2009, 952-08-005, p. 9 ss ; TAF arrêt du 11 novembre 2010, A-2606/2009, consid. 5.7, ElCom, décision du 16 avril 2012, 957-08-036, ch. 59, pp. 14 s.). 24 L'article 26, alinéa 2, LApEl dispose qu'aucun secret de fabrication et aucun secret d'affaires ne doit être

divulgué. En outre, la violation du secret de fonction est également constitutive d'infractions pénales (articles 162 et 320 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0 ; CP). Par analogie au droit pénal, un secret constitue un fait connu uniquement d'un cercle restreint de personnes et n'est par conséquent pas accessible publiquement. Le détenteur du secret doit en outre avoir une volonté subjective au maintien du secret, ce qui signifie que le fait, de son point de vue, ne doit pas être divulgué. De plus, il doit exister un intérêt objectif au maintien du secret. Tel est par exemple le cas lorsque le fait en question présente une valeur économique pour une entreprise, il se réfère à une seule entreprise et pourrait permettre de tirer des conclusions sur cette entreprise (cf. aussi : TRECHSEL STEFAN / VEST HANS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, art. 320, n. 3 ss, avec d'autres renvois ; feuille d'information de la COMCO du 30 avril 2008 concernant les secrets d'affaires, disponible sous www.comco.admin.ch). Dans la mesure où les informations reçues dans le cadre des vérifications des tarifs renferment des secrets d'affaires, elles doivent donc être tenues secrètes par les autorités compétentes (cf. aussi le Message du Conseil fédéral 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, FF 2005 1493, pp.1547 s. ; MCF LIE/LApEl). Cette obligation de garder le secret est en contradiction avec le droit des parties à être entendues (ElCom, décision du 16 avril 2012, 957-08-036, ch. 61 s., p. 15). 25 Par ailleurs, la législation sur l'approvisionnement en électricité ne prévoit pas d'obligation de publication des informations ou un droit fondamental des consommateurs finaux à consulter les données prises pour base dans la vérification des tarifs. Conformément à l'article 11, alinéa 1, LApEl, les gestionnaires et les propriétaires des réseaux de distribution et des réseaux de transport doivent établir pour chaque réseau des comptes annuels et une comptabilité analytique, distincts de ceux des autres secteurs d'activité. La publication des comptes annuels et d'autres informations est explicitement réglée à l'article 12, alinéa 1, LApEl. Si la comptabilité analytique doit être présentée à

8/31

l'ElCom chaque année, il n'existe pas d'obligation de publication (article 11, alinéa 1, LApEl). L'article 7, alinéa 3, OApEl fixe en détail quels postes de la comptabilité analytique doivent apparaître séparément. Sur la base de ce récapitulatif et des articles 12, LApEl et 10, OApEl, il est permis de conclure qu'il s'agit d'informations qui n'ont pas à être révélées à un tiers. La comptabilité analytique sert à l'ElCom à vérifier les coûts imputables (MCF LIE/LApEl, pp. 1533 s., 1537 ss, 1540 ss ; cf. également la décision partielle de l'ElCom du 7 juillet 2011 concernant le contrôle des coûts imputables au réseau pour les exercices comptables 2008/09 ; 957-085-141, consid. 5.2, pp. 8 ss ; ElCom, décision du 16 avril 2012, 957-08-036, ch. 65, pp. 15 s.). 26 L'article 10, alinéa 2, LApEl dispose que, sous réserve des obligations de renseigner prévues par la loi, les informations économiques sensibles obtenues dans le cadre de l'exploitation des réseaux électriques doivent être traitées confidentiellement et ne pas être utilisées dans d'autres secteurs d'activité par les entreprises d'approvisionnement en électricité (cf également MCF LIE/LApEl, p. 1533). Il découle de ce qui précède que l'ElCom ne doit pas non plus divulguer ces informations. La plupart des entreprises concernées considèrent par ailleurs ces informations comme secrètes (ElCom, décision du 12 mars 2012, 952-11-018, ch. 42, p. 15). Les données issues de l'enquête relative au calcul des coûts pour les tarifs 2010 (comptabilité analytique) sont objectivement et subjectivement des secrets d'affaires que le

maître du secret entendait protéger. En effet, objectivement, ces informations sont sensibles dans la mesure où elles portent sur la rentabilité des sociétés ainsi que sur certains domaines dans lesquelles les différentes entreprises d'approvisionnement en électricité sont en concurrence entre elles. Subjectivement, les gestionnaires de réseau ont consenti à transmettre ces données à l'EiCom, sachant que celles-ci sont protégées par les articles 26, alinéa 2, LApEl et 18, alinéa 5, du Règlement interne du 12 septembre 2007 de la Commission de l'électricité (RS 734.74 ; ci-après : Règlement interne EiCom). 27 Il découle de ce qui précède que les données issues de l'enquête relative au calcul des coûts pour les tarifs 2010 (comptabilité analytique) constituent intégralement des secrets d'affaires. Or, une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-épreuves (article 28, PA). Cette question doit donc encore être abordée (chapitre 4.2 violation du droit d'être entendu ci-après).

E. 4.2

Violation du droit d'être entendu 28 La destinataire de la décision demande le respect du droit d'être entendu (act. 24). Pour ce faire, elle sollicite, dans un premier temps, l'accès à l'ensemble des données de l'enquête relative au calcul des coûts pour les tarifs 2010 (comptabilité analytique) ayant servi de base au calcul de la valeur limite de référence de 95 francs. Dans un deuxième temps, elle réclame des explications de l'EiCom quant aux caractéristiques d'approvisionnement de chaque entreprise de distribution considérées dans son calcul d'une part, quant au calcul de la valeur médiane de 74 francs et du supplément de 21 francs d'autre part, et enfin quant aux motifs par lesquels l'autorité considère pouvoir donner force de valeur limite obligatoire, sous suite d'obligation de restituer, à la valeur médiane précitée. 29 Les parties ont le droit d'être entendues (article 29, alinéa 2, Cst. et 29, PA). L'idée de base du droit d'être entendu est que la personne partie à la procédure doit être mise en mesure de s'expliquer avant qu'une décision qui la touche ne soit prise (AUER ANDREA / MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse – Volume II – Les droits fondamentaux, 2e édition, Berne 2006, ci-après : AUER / MALINVERNI / HOTTELIER II, ch. 1305, p. 602). Il s'agit d'une garantie de procédure (AUER / MALINVERNI / HOTTELIER II, systématique du chapitre 6, chiffre III, lettre H ch. 1305, p. 602). Les

9/31

garanties de procédure poursuivent l'objectif d'assurer une protection efficace des droits fondamentaux (cf. notamment AUER / MALINVERNI / HOTTELIER II, ch. 1193, p. 561). 30 Le droit à obtenir une décision motivée résulte du droit d'être entendu (BOVAY BENOÎT, Procédure administrative, Berne 2000, ci-après : BOVAY, p. 266 ; UHLMANN FELIX / SCHWANK ALEXANDRA, Commentaire ad article 35, PA, in : WALDMANN / WEISSENBERGER, ch. 10, p. 799). Ainsi, l'autorité doit rendre des décisions motivées aux administrés (BOVAY, p. 266). Cette obligation est codifiée à l'article 35, alinéa 1, PA qui dispose que même si l'autorité les notifie sous forme de lettre, les décisions écrites sont désignées comme telles, motivées, et indiquent les voies de droit. 31 Dans son courrier du 24 novembre 2011, le ST EiCom a transmis à la destinataire de la décision, un graphique montrant la courbe des coûts de gestion, bénéfice inclus (2010), par consommateur final (act. 16, p. 3). Cette courbe n'est rien d'autre qu'un résumé graphique des données relatives aux coûts de gestion, bénéfice inclus, par consommateur final, tirées de la base de données

de l'ElCom (61 gestionnaires de réseau de distribution présentant des données évaluables, sans les 4 gestionnaires de réseau de distribution les plus chers). Le graphique 1 ci-après, chiffre marginal 77, présente, de plus, la courbe complète des coûts de gestion, bénéfice inclus par client final (2010) sur la base des données non apurées des gestionnaires de réseau de distribution (c.-à-d. y compris les 4 gestionnaires de réseau de distribution les plus chers) de manière à illustrer de manière plus large la méthode utilisée par l'ElCom. Le tableau joint en annexe (cf. dernière page) présente les données sur lesquelles se base le graphique 1 susmentionné. La transmission d'informations complémentaires permettrait l'identification des gestionnaires de réseau de distribution visés et, par conséquent la divulgation de certains secrets d'affaires les concernant. En outre, la présente procédure étant restreinte aux coûts de gestion, bénéfice inclus, la destinataire de la décision n'a pas d'intérêt prépondérant à obtenir l'accès aux autres données répertoriées dans la base de données de l'ElCom. En d'autres mots, cette présentation graphique (chiffre marginal 77, y c. tableau annexé), complétée des explications qui l'accompagnent au chapitre 6.3 Cadre méthodologique, remplissent les exigences de la jurisprudence fédérale prédécrite en matière de respect du droit d'être entendu en présence de secrets d'affaires à protéger. 32 Dans le cas d'espèce, les entreprises d'approvisionnement en électricité qui ont livré des données lors de l'enquête relative au calcul des coûts pour les tarifs 2010 sont des tiers qui ont un intérêt privé prépondérant à ce que ces données ne soient pas divulguées à la destinataire de la décision. En effet, ces données constituent des secrets d'affaires (chapitre 4.1 ci-dessus). De plus, les articles 26, alinéa 2, LApEl et 18, alinéa 5, du Règlement interne ElCom protègent spécifiquement les secrets d'affaires communiqués à l'ElCom. Enfin, l'enquête relative au calcul des coûts pour les tarifs 2010 dont il est question a été limitée à un petit nombre d'acteurs (environ soixante) qui pourraient aisément être identifiés. Partant, une divulgation partielle de ces données violerait déjà le droit des tiers à la protection de leurs données. L'ElCom n'est donc pas autorisée à transmettre l'ensemble des données relatives au calcul des coûts pour les tarifs 2010 (comptabilité analytique). Toutefois, l'ElCom décrit précisément dans la présente décision (chapitre 6.3 Cadre méthodologique) ainsi que dans plusieurs courriers (act. 11, 16, 19) la méthode dite du forfait qu'elle applique, et notamment ses bases de calcul. 33 Quand aux données relatives aux caractéristiques d'approvisionnement des entreprises de distribution, elles ne sauraient être transmises à la destinataire de la décision, dans la mesure où elles ne sont pas prises en compte dans la méthode dite du forfait d'une part, et dans la mesure où elles constituent des secrets d'affaires que l'ElCom se doit de protéger en vertu de l'article 26, alinéa 2, LApEl, d'autre part.

10/31

34 L'ElCom respecte dès lors le droit d'être entendu de la destinataire de la décision en rendant une décision suffisamment motivée.

E. 4.3

Synthèse 35 L'ElCom étant légalement tenue de protéger les secrets d'affaires, l'accès de la destinataire de la décision aux données issues de l'enquête relative au calcul des coûts pour les tarifs 2010 (comptabilité analytique d'environ soixante gestionnaires de réseau) doit lui être refusé en vertu des articles 10, alinéa 2, 11, alinéa 1, 2e phrase et 26, LApEl. Afin que la destinataire de la décision puisse exercer son droit d'être entendue, l'ElCom lui a transmis un résumé graphique des données relatives aux coûts de gestion, bénéfice inclus, par consommateur final, tirées de la base de données de l'ElCom (act. 16, p. 3). En outre, la

méthode dite du forfait, notamment ses bases de calcul, est précisément décrite dans le chapitre 6.3 de la présente décision ainsi que dans plusieurs courriers (act. 11, 16, 19). La présentation de cette méthode et les données livrées en clair dans les considérants de la décision remplissent les conditions du droit à une décision motivée, lequel découle du droit d'être entendu (articles 29, alinéa 2, Cst. et 28, 29 et 35, PA). Les garanties de procédure de la destinataire de la décision n'ont donc pas été enfreintes.

E. 5

Remarques préalables

E. 5.1

Généralités 36 En 2009 déjà, l'ElCom a constaté, sur la base de l'outil de comparaison des prix du site Internet de l'ElCom (www.prix-electricite.elcom.admin.ch), que les tarifs de l'énergie 2009 et 2010 de la destinataire de la décision apparaissaient en rouge pour toutes les catégories de consommateurs, ce qui indiquait qu'ils étaient relativement élevés par rapport à la moyenne suisse. 37 Dans le cadre de son analyse des tarifs de l'électricité de la destinataire de la décision, l'ElCom n'a pas examiné tous les aspects de manière approfondie. De ce fait, on ne saurait conclure que les différentes méthodes de calcul utilisées et les valeurs qui en résultent seront automatiquement acceptées telles quelles lors d'une vérification approfondie future. Une vérification ultérieure des points non examinés lors de la présente procédure est réservée. 38 En l'absence d'indices suffisants laissant supposer une violation de la législation fédérale sur l'approvisionnement en électricité dans les autres domaines, l'ElCom a restreint son examen aux coûts de gestion, bénéfice inclus, de la fourniture d'énergie aux consommateurs en approvisionnement de base. Les coûts d'approvisionnement de la destinataire de la décision, à savoir, les coûts de production et les coûts d'achat de l'énergie n'ont ainsi pas été examinés. 39 Le grief de la suppression des tarifs spécifiques aux chauffages électriques a été soulevé dans plusieurs plaintes de particuliers. A ce sujet, on rappellera que, par principe, conformément à l'article 6, alinéa 3, LApEl, il incombe aux gestionnaires de réseau de distribution de fixer les tarifs de l'électricité. Il y a lieu de fixer un tarif uniforme pour les consommateurs captifs raccordés au même niveau de tension et présentant les mêmes caractéristiques de consommation. L'article 18, OApEl dispose expressément qu'il appartient aux gestionnaires de réseau de fixer les tarifs d'utilisation du réseau. 40 Les procédures d'examen des tarifs s'intéressent avant tout aux coûts imputables des gestionnaires de réseau de distribution. L'article 6, alinéa 3, LApEl dispose ainsi que les gestionnaires de réseau de distribution fixent dans leur zone de desserte un tarif uniforme pour les consommateurs captifs

11/31

raccordés au même niveau de tension et présentant les mêmes caractéristiques de consommation (cf. également ElCom, décision du 15 décembre 2011, 957-08-1693, consid. 6 ; téléchargeable sur www.elcom.admin.ch ■ Documentation ■ Décisions ■ Par date ■ Décisions 2011 ; consulté le 12 décembre 2012). Par ailleurs on peut se référer à des documents de branche comme le Modèle d'utilisation des réseaux suisses de distribution, édition 2011 (MURD – CH, édition 2011 F ; téléchargeable sous www.electricite.ch ■ Dossiers ■ Marché de l'électricité ■ Documents de la branche ; consulté le 12 décembre 2012). Ce dernier prévoit que les prix appliqués aux gestionnaires de réseaux aval peuvent être librement formés, dans la mesure où ils sont uniformes, non discriminatoires et basés sur les coûts (cf. MURD – CH, édition 2011 F, p. 46). 41 En conséquence, la question de la

suppression des tarifs spécifiques aux chauffages électriques ne donnent pas lieu à un examen plus approfondi.

E. 5.2

Conduite de la procédure 42 La maxime inquisitoire s'applique dans la procédure administrative devant des autorités fédérales. Il appartient donc à l'autorité de constater les faits d'office (article 12, PA). Contrairement à la maxime des débats régissant la procédure civile, c'est à l'autorité qu'il incombe dans la procédure administrative d'établir les faits pertinents et de les constater d'office. Selon la maxime inquisitoire, l'autorité doit procéder aux investigations nécessaires en vue d'établir les faits pertinents (cf. ElCom, décision du 11 février 2010, 952-09-005, chapitre 4 ; TAF, arrêt du 4 mai 2011, A-1682/2010, consid. 12 ; ElCom, décision du 7 juillet 2011, 957-08-141, ch. 46 s. et références citées). 43 Il appartient à l'ElCom, en tant qu'autorité spécialisée dans un domaine technique, de se prononcer tant sur les questions concernant l'approvisionnement en électricité que sur les questions de nature économique. Pour ce faire, elle dispose d'un véritable pouvoir d'appréciation technique et d'une certaine latitude de jugement pour autant qu'elle mène les investigations nécessaires en vue de la décision de manière correcte et exhaustive (cf. TAF, arrêt du 8 juillet 2010, A-2607/2009, consid. 4 et TAF, arrêt du 11 novembre 2010, A-2606/2009, consid. 4).

E. 6

Coûts de gestion

E. 6.1

Analyse initiale 44 Les gestionnaires de 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 (article 6, LApEl). 45 La destinataire de la décision calcule un prix de revient de l'énergie pour les consommateurs en approvisionnement de base de [...] ct/kWh pour l'année 2009 et de [...] ct/kWh pour l'année 2010. Ces prix comprennent un bénéfice de 10% sur les coûts d'achat d'électricité ainsi qu'un bénéfice de 10% sur les coûts de gestion. 46 L'ElCom accepte dans une certaine mesure un bénéfice sur la fourniture d'énergie aux consommateurs avec approvisionnement de base (bénéfice approprié). Cependant, le fait de déterminer le bénéfice en termes de pourcentage par rapport aux coûts occasionnés est problématique. En effet, le bénéfice s'accroît ainsi proportionnellement à l'augmentation des coûts, ce qui contredit le principe d'efficacité : plus les coûts d'approvisionnement augmentent, plus le bénéfice du gestionnaire de réseau augmente.

12/31

47 Dans ses vérifications des tarifs de l'énergie, l'ElCom examine, entre autres, le niveau des coûts de gestion, bénéfice inclus, que les gestionnaires de réseau de distribution font valoir par consommateur final dans le domaine de la fourniture d'énergie. Elle a ainsi déterminé une valeur limite de référence pour les coûts de gestion, bénéfice inclus, se montant à 95 francs par consommateur final, constituée d'une médiane de 74 francs, à laquelle un supplément de 21 francs est ajouté. 48 Selon la Table 1 ci-dessous, les coûts de gestion, bénéfice inclus, de la destinataire de la décision pour 2009 sont de l'ordre de [...] francs par consommateur final et se situent largement au-dessus de la valeur limite de

référence. Un examen plus détaillé des coûts 2009 montre que les coûts de gestion sont en-dessous de la valeur limite de référence avec [...] francs par consommateur final alors que le bénéfice total représente [...] francs par consommateur final (act. 11, p. 2).

2009 2010 (budget) Coûts de gestion CHF [...] CHF [...] Bénéfice sur les coûts d'achat d'énergie CHF [...] CHF [...] Bénéfice sur les coûts de gestion CHF [...] CHF [...] Bénéfice total CHF [...] CHF [...] Total des coûts de gestion, bénéfices inclus CHF [...] CHF [...] Nombre de consommateurs finaux en app. de base (tiré du questionnaire relatif au calcul des coûts pour les tarifs 2011) [...] [...] Coûts de gestion, bénéfices inclus, par consommateur final CHF [...] CHF [...] Coûts de gestion (sans bénéfice) par consommateur final CHF [...] CHF [...] Bénéfice total par consommateur final CHF [...] CHF [...] Table 1 : Coûts de gestion et bénéfice pour 2009 et 2010 49 Dans le cas d'espèce, force est de constater que le bénéfice calculé par la destinataire de la décision est inapproprié. Le bénéfice maximal accepté par l'ElCom correspond à la valeur limite de référence de laquelle on déduit les coûts de gestion par consommateur final. 50 Dans son rapport d'analyse du 14 juillet 2011, le ST ElCom a exigé que les montants perçus en trop pour les tarifs de l'énergie 2009 soient restitués aux consommateurs via le mécanisme de report des différences de couverture (application analogique au domaine de l'énergie de la directive 4/2010 de l'ElCom du 10 juin 2010 concernant le report des différences de couverture des années précédentes, actualisée en janvier 2012 par la directive 1/2012 de l'ElCom du 19 janvier 2012 concernant les différences de couverture des années précédentes [ci-après : directive 1/2012 de l'ElCom] ; toutes deux téléchargeables sous www.elcom.admin.ch ■ Documentation ■ Directive ; consulté au 12 décembre 2012), et ce, à partir des tarifs 2012. Le montant restitué par année aux consommateurs finaux en approvisionnement de base devait être indiqué dans le champ « Différence de couverture » du formulaire 5.2 du fichier relatif au calcul des coûts pour les tarifs (comptabilité analytique) et pris en compte dans le calcul du prix de revient de l'énergie.

13/31

51 Pour les tarifs de l'énergie 2010, le ST ElCom a exigé que lui soit présenté le montant de différence de couverture à restituer aux consommateurs finaux en approvisionnement de base, calculé sur la base des coûts de gestion effectifs 2010 de la destinataire de la décision. Le montant restitué par année devait également apparaître dans le formulaire 5.2 du fichier de calcul des coûts pour les tarifs 2012 (comptabilité analytique) et être déduit du calcul du prix de revient de l'énergie.

E. 6.2

Notion de bénéfice approprié 52 Se référant au rapport d'analyse ainsi qu'aux diverses explications fournies pas le ST ElCom, la destinataire de la décision argue que la notion de bénéfice approprié, qui découle de la méthode dite du forfait, ne reposerait sur aucune base légale formelle en violation des principes de constitutionnalité et de légalité (article 164, Cst. notamment). Cette notion, tout comme la méthode dite du forfait développée par l'ElCom, violerait également l'interdiction de l'arbitraire (cf. notamment act. 17, ch. I, 2, p. 5) ainsi que la liberté économique (article 27, Cst.). 53 Selon l'article 6, alinéa 1, 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. Selon l'article 4, alinéa

1, OApEl, 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 et sur les contrats d'achat à long terme du gestionnaire du réseau de distribution. 54 A teneur de l'article 19, OApEl, l'ElCom compare les niveaux d'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 (alinéa 1). 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 (alinéa 2). Il découle de ce qui précède que la notion d'efficacité est ainsi ancrée dans la législation sur l'approvisionnement en électricité (cf. également articles 8 et 15, LApEl) 55 Or, une exploitation ne peut être efficace que si les bénéfices qu'elle génère sont appropriés, et un tarif ne peut être qualifié d'équitable au sens de l'article 6, LApEl que dans la mesure où il comprend au maximum un bénéfice approprié. 56 Si l'on devait suivre l'argumentation de la destinataire de la décision, à savoir que la notion de bénéfice approprié, ne repose sur aucune base légale formelle, il faudrait alors se demander sur quelles bases légales la destinataire de la décision fait valoir ses coûts de gestion imputables. En effet, l'ElCom reconnaît les coûts de gestion comme imputables bien que ces derniers ne soient pas expressément mentionnés dans l'OApEl. Dans le cadre de la commercialisation de l'énergie acquise, un GRD fournit un certain nombre de prestations qui génèrent des coûts (tels que la facturation et le service à la clientèle, par exemple). Si ces coûts de gestion n'étaient pas des coûts imputables du secteur de l'énergie, le GRD ne pourrait pas les facturer ; et un financement par le biais du secteur du réseau constituerait une subvention croisée interdite selon l'article 10, LApEl. Le législateur ne peut avoir voulu qu'un GRD enregistre des pertes dans le domaine de la fourniture d'énergie. Ainsi, l'ElCom accepte la prise en compte de coûts de gestion appropriés et, comme déjà mentionné, d'un bénéfice approprié sur la fourniture d'énergie aux consommateurs avec approvisionnement de base (cf. chiffres marginaux 46 et 68 notamment). 57 En conclusion, l'ElCom ne voit pas dans quelle mesure la méthode dite du forfait serait arbitraire en l'espèce ; et la destinataire de la décision ne le démontre pas non plus.

14/31

58 Il y a lieu de se prononcer à ce stade sur la prétendue violation de l'article 27 Cst. dont se prévaut la destinataire de la décision, 59 Conformément à l'article 36, Cst., le droit fondamental qu'est la liberté économique (article 27, Cst.) peut être restreint aux conditions de l'existence d'une base légale (1), de la justification par un intérêt public (2), du respect du principe de la proportionnalité (3) et du respect de l'essence des droits fondamentaux (4) (AUER / MALINVERNI / HOTTELIER II, ch. 138, p. 67 ; ElCom, décision du 16 avril 2012, 957-08-036, ch. 182, p. 37). 60 Dans le cas d'espèce, l'article 6, LApEl est la base légale pertinente sur laquelle l'ElCom fonde sa méthode dite du forfait, laquelle suppose un bénéfice approprié. 61 Il découle de l'article 1, LApEl que la législation sur l'approvisionnement en électricité repose notamment sur les intérêts publics que sont un approvisionnement en électricité sûr et durable des consommateurs finaux dans toutes les parties du pays, d'une part, et la fixation de conditions cadre pour la concurrence nationale et une participation à la concurrence internationale dans le domaine de l'électricité, d'autre part. (MCF LIE/LApEl, commentaire ad article 1, p. 1526). 62 La mise en place de méthodes de calcul contraignantes des tarifs de l'électricité se justifie par l'intérêt public à l'approvisionnement de base. En effet, dans la première phase de l'ouverture du marché de

l'électricité, l'approvisionnement de base est garanti dans une optique de sécurité de l'approvisionnement (ElCom, décision du 16 avril 2012, 957-08-036, ch. 184, p. 37, non-entrée en force). 63 Le principe de la proportionnalité exige un rapport raisonnable entre le but d'intérêt public visé, le moyen choisi pour l'atteindre, et la liberté impliquée (AUER / MALINVERNI / HOTTELIER II, ch. 226, p. 107). Le principe de la proportionnalité se compose traditionnellement des règles d'aptitude - qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé -, de nécessité - qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés - et de proportionnalité au sens étroit - qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 125 I 474 consid. 3, p. 482 et références citées). 64 Dans le cas d'espèce, réduire les coûts de gestion, bénéfice inclus, de la destinataire de la décision au niveau de la valeur limite de référence fixée par l'ElCom est un des éléments qui permet d'obtenir des tarifs équitables au sens de l'article 6, alinéa 1, LApEl. Cette mesure est propre à atteindre le but fixé, à savoir garantir l'approvisionnement de base. Enfin, elle met en balance les intérêts des consommateurs finaux (tarifs équitables), d'une part, et ceux du gestionnaire de réseau de distribution (financement des coûts imputables), d'autre part. 65 Ensuite, le noyau intangible dur des droits constitutionnels invoqués n'est par ailleurs pas atteint par les dispositions légales et réglementaires attaquées dans la mesure où elles ne privent pas ces libertés de toute substance ou en les supprimant purement et simplement (cf. AUER / MALINVERNI / HOTTELIER II, ch. 248, p. 117). 66 Ainsi, l'ElCom ne voit pas dans quelle mesure la liberté économique (article 27, Cst.) serait concrètement violée en l'espèce.

15/31

E. 6.3

Cadre méthodologique

E. 6.3.1

Détermination des coûts de gestion, bénéfice inclus 67 La composante tarifaire due pour la fourniture d'énergie se fonde tout d'abord sur les coûts de l'énergie (selon article 4, alinéa 1, OApEl), lesquels, comme mentionné au chiffre marginal 38, n'ont pas été examinés par l'ElCom. A ceux-ci, s'ajoutent d'autres coûts en rapport avec la fourniture de l'énergie, intitulés « coûts de gestion ». La suite de ce chapitre montre comment l'ElCom vérifie le niveau des coûts de gestion imputables ainsi que le bénéfice approprié du secteur de l'énergie. 68 Un gestionnaire de réseau de distribution est en droit de réaliser un bénéfice approprié sur la fourniture d'énergie aux consommateurs en approvisionnement de base (articles 6, LApEl et 4, OApEl, cf. également chapitre 6.2 ci-dessus). Le niveau du bénéfice approprié pour la distribution de l'énergie n'est toutefois pas réglé dans la législation sur l'approvisionnement en électricité. Pour déterminer le montant de ce bénéfice et les coûts appropriés, l'ElCom a fait usage de son pouvoir d'appréciation (cf. chiffre marginal 43) et a examiné trois possibilités en se fondant notamment sur le calcul pour le réseau, les rendements sur le chiffre d'affaires et les forfaits. 69 Calcul comme pour le réseau : une variante simple et évidente consiste à déterminer le bénéfice approprié comme pour le réseau en calculant un intérêt sur les actifs immobilisés et le fond de roulement net du domaine de l'énergie. Cette manière de faire a l'avantage non négligeable de permettre de procéder aux calculs comme indiqué aux articles 15, LApEl et 13, OApEl. Toutefois,

contrairement au réseau, les actifs immobilisés n'ont qu'une faible importance dans le domaine de la fourniture d'énergie, de sorte que la base de calcul, et donc le bénéfice réalisable, sont plutôt restreints. 70 Rendements sur le chiffre d'affaires : De nombreux représentants de la branche ont demandé de définir le bénéfice approprié comme un pourcentage précis (p. ex. 5%) du chiffre d'affaires. Ce point de vue est partagé par la destinataire de la décision, qui applique un pourcentage de 10% des coûts d'achat d'énergie (plus 10% des coûts de gestion) pour calculer son bénéfice. Cette possibilité a l'unique avantage de la simplicité du calcul. Elle présente toutefois trois inconvénients majeurs : pour commencer, une tarification reposant sur les coûts prend en compte le consommateur final comme inducteur de coûts prioritaire (et non la quantité d'énergie). Dans un deuxième temps, cette approche va dans la mauvaise direction sur le plan de la politique énergétique, étant donné que le bénéfice d'un gestionnaire de réseau sera d'autant plus fortement réduit que ses clients épargnent plus d'énergie. Pour finir, les rendements sur le chiffre d'affaires se traduisent par des incitations aberrantes : plus l'énergie fournie est chère et plus la distribution est inefficace, plus le bénéfice du gestionnaire du réseau est important. 71 Forfaits : Avec la méthode dite du forfait, le bénéfice approprié du domaine de l'énergie des gestionnaires de réseau est au moins aussi élevé voire, en règle générale, plus élevé que celui du réseau. Cette façon de procéder permet aussi de parer aux inconvénients des rendements sur le chiffre d'affaires.

16/31

E. 6.3.2

Base de données et méthode 72 Conformément à l'article 11, alinéa 1, LApEl, tous les gestionnaires de réseau présentent chaque année à l'ElCom leur comptabilité analytique. Selon l'article 6, alinéa 4, LApEl, ils doivent tenir une comptabilité par unité d'imputation pour la composante concernant la fourniture d'énergie. Sur la base de ces éléments, l'ElCom a construit, dans son fichier de calcul des coûts (comptabilité analytique), un tableau répertoriant les positions de coûts du secteur de l'énergie. Dans le fichier de comptabilité analytique 2010, la position « Autres coûts de la fourniture d'énergie » impliquait l'enregistrement de ces coûts comme un tout, sans distinction particulière, le bénéfice de la commercialisation étant répertorié séparément. Lors de la saisie pour les tarifs 2011, les « Coûts administratifs et de distribution », les « Autres coûts de la fourniture d'énergie » et le « Bénéfice de la distribution » ont été pour la première fois enregistrés séparément. Dans les considérations qui suivent, il convient de tenir compte du total de ces trois positions additionnées, désignées comme « coûts de gestion, bénéfice inclus ». 73 Les « coûts de gestion, bénéfice inclus » imputables comprennent notamment les activités de facturation et de service à la clientèle, d'autres activités spécifiques aux clients ainsi que le bénéfice résultant de la commercialisation de l'énergie. Du fait que ces coûts dépendent avant tout du nombre de clients, l'ElCom a pris en considération, à des fins de comparaison, les coûts de gestion, bénéfice inclus, par consommateur final, donc par destinataire de facture. 74 Etant donné que les données de la comptabilité analytique ont été enregistrées la première fois pour les tarifs 2010 (« comptabilité analytique 2010 »), ce sont ces dernières qui ont été utilisées pour la comparaison. 75 Lors du premier relevé pour 2010, seuls les grands gestionnaires de réseau devaient présenter une comptabilité analytique dans sa version complète. Depuis l'année tarifaire 2011, les gestionnaires de réseau de petite et moyenne importance doivent également remplir une comptabilité analytique dans sa version light. Pour déterminer quelle version les entreprises doivent remplir, on se base

avant tout sur la quantité d'énergie vendue (MWh). Dans certains cas particuliers, d'autres critères sont examinés. En règle générale, on utilise les termes de grands et petits gestionnaires de réseau. 76 Pour l'année 2010, 61 des 82 grands gestionnaires de réseau qui ont présenté une comptabilité analytique ont répondu aux questions portant sur les coûts de gestion et le bénéfice. Les chiffres fournis par ces 61 gestionnaires de réseau concernant leurs coûts de gestion, bénéfice inclus, évoluaient entre 6 et 570 francs par client final

17/31

77 Le Graphique 1 ci-dessous présente les coûts de gestion, bénéfice inclus, pris en compte par les grands gestionnaires de réseau. On observe pour les 50 premiers gestionnaires une hausse constante des coûts et du bénéfice jusqu'à un montant de 150 francs par client final. Puis la courbe s'élève rapidement à plus de 550 francs par client final.

78 L'ElCom estime que les valeurs inférieures à 20 francs et supérieures à 180 francs ne sont pas plausibles. En effet, une valeur proche de zéro franc est invraisemblable et laisse supposer que les coûts, et donc également les revenus, n'ont pas été répartis de manière appropriée. A l'inverse, la valeur maximale de 570 francs ne peut pas tenir lieu de référence pour des coûts liés à une distribution de l'énergie efficace. C'est pourquoi l'ElCom a écarté de la comparaison les gestionnaires de réseau indiquant des valeurs peu plausibles, inférieures à 20 francs ou supérieures à 180 francs, de sorte que le nombre des gestionnaires de réseau pris en compte a baissé de 61 à 51.

0 100 200 300 400 500 600 1

E. 6.3.3

Détermination des coûts de gestion types, bénéfice inclus 79 A partir des valeurs susmentionnées, l'ElCom a calculé une médiane pour déterminer les coûts de gestion types. L'ElCom a sciemment utilisé la médiane des coûts de gestion qui, à la différence de la valeur moyenne, réagit de manière moins sensible aux valeurs extrêmes et reflète donc mieux les coûts et le bénéfice d'un gestionnaire de réseau type. Ainsi, les coûts de gestion du grand gestionnaire de réseau de distribution type (médiane), remplissant la version complète de la comptabilité analytique, se montent à 74 francs par consommateur final. 80 L'évolution de cette valeur médiane a été analysée sur plusieurs années tarifaires dans la Table 2 ci-dessous. Une première répartition présente les données en fonction de la taille des entreprises (comptabilité analytique, version complète et version light). Une seconde répartition présente les coûts de gestion isolés et les coûts de gestion, bénéfice inclus. On peut observer, chez les grands gestionnaires de réseau, que la médiane des coûts de gestion reste quasiment stable sur la période d'observation (54, 58 et 58 francs), alors que la médiane des « coûts de gestion, bénéfice inclus » connaît une hausse constante (74, 83 puis 89 francs). L'augmentation de la médiane s'explique ainsi par l'augmentation du bénéfice. A l'inverse, la médiane des petits gestionnaires de réseau reste quasiment inchangée, qu'il s'agisse des coûts de gestion ou des coûts de gestion, bénéfice inclus. La médiane serait donc encore plus basse si les petits et moyens gestionnaires de réseau étaient pris en compte dans la comparaison. Grands GRD Petits GRD Tous GRD

Comptabilité analytique (complète) Comptabilité analytique (light) Comptabilité analytique (complète + light)

Coûts gestion

Coûts gestion + Bénéfice Coûts gestion

Coûts gestion + Bénéfice Coûts gestion

Coûts gestion + Bénéfice 2010 54 74 2011 58 83 37 57 40 59 2012 58 89 36 58 38 62 Table 2 : Evolution des médianes des « coûts de gestion » ainsi que des « coûts de gestion, bénéfice inclus » des grands GRD, des petits GRD, puis de tous les GRD pour les années 2010 à 2012 81 Compte tenu des données des années suivantes (2011 et 2012), cette analyse montre que la méthode développée par l'ElCom est solide et que les coûts de gestion sur lesquels elle se base sont pratiquement identiques dans les trois types de « comptabilité analytique ». La comparaison, à l'aide de la médiane des coûts de gestion, bénéfice inclus, montre qu'une limitation aux grands gestionnaires de réseau ne porte pas préjudice aux gestionnaires de réseau dans leur ensemble.

E. 6.3.4

Supplément 82 La médiane des coûts de gestion, bénéfice inclus se monte à 74 francs par consommateur final. Compte tenu de la simplicité relative de la démarche, cette valeur médiane n'a pas été utilisée telle quelle : le seuil employé ci-après comme valeur limite de référence a été relevé de 21 francs au profit des gestionnaires de réseau de distribution, pour atteindre 95 francs par consommateur final. De la sorte, sur 51 gestionnaires de réseau de distribution examinés, 32 d'entre eux (soit près de deux tiers) atteignent ce seuil ou se situent en-deçà (cf. Graphique 2). Un élargissement de la comparaison à tous les gestionnaires de réseau de distribution (c.-à-d. y compris les petits gestionnaires de réseau), sur la base des données de la comptabilité analytique 2011, montre que 85 % des GRD n'atteignent pas ce seuil.

19/31

E. 6.3.5

Méthode retenue par l'ElCom 83 Sur la base de ces considérations méthodologiques, l'ElCom examine les coûts de gestion, bénéfice inclus comme suit : ■ Lorsqu'un gestionnaire de réseau déclare des coûts de gestion, bénéfice inclus, par client final s'élevant au maximum à 95 francs, ceux-ci ne sont pas examinés plus avant, pour des questions de priorité. ■ Lorsque le total des coûts de gestion est inférieur au seuil des 95 francs mais que, bénéfice inclus, ces coûts dépassent ce seuil, la marge bénéficiaire est abaissée de sorte que le montant total (coûts et bénéfice) se monte à 95 francs. ■ Lorsque les coûts dépassent le seuil des 95 francs du seul fait des coûts de gestion, le bénéfice est alors calculé par analogie au réseau. Les frais effectifs sont vérifiés et, dans la mesure où ils sont imputables, sont reconnus, pour autant que le total des coûts et du bénéfice soit inférieur à 150 francs. ■ Lorsque le total des coûts de gestion, bénéfice inclus dépasse 150 francs même après vérification, la limite supérieure présentée ci-après est dans ce cas appliquée. 84 La vaste majorité des grands gestionnaires de réseau examinés ici parvient à présenter des coûts de gestion nettement inférieurs à 150 francs par consommateur final (cf. Graphique 2). Pour cette raison, l'ElCom estime qu'une entreprise, sans être particulièrement efficace, doit parvenir à couvrir tous ses coûts de gestion en facturant au maximum 150 francs par consommateur final. On relèvera, par Graphique 2 : Coûts de gestion, bénéfice inclus par consommateur final des 51 gestionnaires de réseau présentant des données plausibles

20/31

ailleurs, qu'en étendant ces considérations à tous les gestionnaires de réseau (donc y compris aux petits gestionnaires de réseau, qui ne remplissent que la version light de la comptabilité analytique ; données de la comptabilité analytique 2011), seuls deux pour cent de tous les gestionnaires de réseau font valoir des coûts de gestion, bénéfice inclus supérieurs à 150 francs par consommateur final (non visible sur le Graphique 1).

E. 6.4

Argumentation spécifique 85 La destinataire de la décision ne saurait être suivie lorsqu'elle explique que les bénéfices qu'elle réalise dans le secteur de l'énergie n'en sont pas au sens comptable puisqu'elle réinvestit systématiquement sa marge brute dans l'amélioration et la consolidation de son réseau (act. 15, chiffres 10 à 12). En effet, du point de vue de l'ElCom, même si ces bénéfices de 10% sur les coûts d'achat et de 10% sur les coûts de gestion de l'énergie sont systématiquement réinvestis dans l'amélioration du réseau, ils correspondent bien au bénéfice dégagé par le secteur de l'énergie. La destinataire de la décision confond ici le caractère approprié du bénéfice avec son utilisation. L'ElCom vérifie ici uniquement l'adéquation du bénéfice. L'utilisation du « bénéfice approprié » est par contre exclusivement l'affaire de l'entreprise ou de ses propriétaires. Ainsi, une utilisation particulière du bénéfice ne saurait en aucun cas justifier un niveau inapproprié du bénéfice de l'énergie. Il est à signaler, d'autre part, que les investissements effectués dans le réseau, qu'il s'agisse d'amélioration et de consolidation du réseau existant ou encore de construction de nouveaux réseaux, sont rétribués par le biais des coûts de capitaux, et sont ainsi financés par les tarifs du réseau (cf. article 15, alinéa 3, LApEl). 86 Les explications de la destinataire de la décision pour justifier le niveau de sa marge bénéficiaire ne sont pas fondées ; à savoir que suite à la modification de son mode d'approvisionnement en 2008, la destinataire de la décision se trouve exposée à des risques de volume et de change, qu'elle n'a pas pu, de par sa taille, tempérer jusqu'ici par des instruments contractuels spécifiques et qu'elle se voit donc dans l'obligation de constituer des réserves. Selon elle, la marge bénéficiaire de 10% sur l'énergie vendue servirait ainsi, outre à l'amélioration et à la consolidation du réseau, à palier ces risques, et également à rémunérer le capital investi de la société, qui reste, tient-elle à le souligner, une société anonyme à but lucratif (act. 15, chiffres 29 à 35). 87 De manière générale, la constitution de provisions pour les risques liés à l'approvisionnement en énergie n'est pas admise. En effet, les risques liés à l'acquisition d'énergie sont couverts par le mécanisme des différences de couverture (cf. article 19, alinéa 2, OApEl). La directive 1/2012 de l'ElCom, spécifie que si les excédents de couverture réalisés dans le passé doivent être compensés par une réduction des tarifs d'électricité dans le futur, des découverts de couverture peuvent également être compensés par une hausse des tarifs d'électricité les années suivantes. Ainsi, tout comme les excédents de couverture doivent être remboursés aux consommateurs dans les tarifs futurs, les éventuels manco de couverture, soit les coûts effectifs d'approvisionnement non couverts par le chiffre d'affaires de l'énergie, peuvent, de manière générale, être récupérés dans les tarifs futurs. En conséquence, puisque tous les risques sont, en fin de compte, supportés par les clients finaux qui se voient facturer tous les coûts effectifs (appropriés) par la destinataire de la décision, une marge bénéficiaire de 10% sur les coûts d'achat et de 10% sur les coûts de gestion de l'énergie n'est pas appropriée. 88 En ce qui concerne la rémunération du capital investi, l'ElCom ne conteste pas qu'un gestionnaire de réseau ait le droit de réaliser un bénéfice approprié dans le domaine de l'énergie. Toutefois, comme expliqué au chiffre marginal 69, un intérêt défini uniquement en fonction du capital investi n'aurait permis de réaliser, dans le domaine de l'énergie, qu'un bénéfice très restreint. C'est

la raison pour

21/31

laquelle l'ElCom a opté pour la méthode dite du forfait, et calculé une valeur limite de référence qui prend en compte les coûts de gestion et le bénéfice par consommateur final. 89 La destinataire de la décision ne saurait être suivie lorsqu'elle réfute les raisons invoquées par le ST ElCom pour écarter la méthode de calcul du bénéfice du secteur de l'énergie en pourcentage des coûts d'approvisionnement (cf. chiffre marginal 70). De son point de vue, les arguments cités seraient en contradiction avec la réalité économique et négligeraient le fait que la clientèle est rationnelle et exerce des pressions pour minimiser ses factures d'électricité, selon elle, cette démarche irait, en outre, à l'encontre de la politique énergétique actuelle de promotion des économies d'énergie, puisque des tarifs élevés incitent à économiser l'énergie (act. 17, page 2). 90 L'argument de la destinataire de la décision relatif à la rationalité de la clientèle et des pressions que celle-ci exercerait sur l'entreprise pour justifier l'utilisation de sa méthode de calcul du bénéfice n'est pas pertinent. En effet, en situation de monopole, les pressions que peuvent exercer les clients captifs sur leur fournisseur sont très limitées (par ex. réclamations auprès du régulateur). Quant à l'argument des tarifs élevés qui incitent à économiser l'énergie, l'ElCom, sans se prononcer sur la pertinence de ce dernier, considère que les incitations aux économies d'énergie sont du ressort des collectivités publiques, par le biais des taxes et prestations fournies aux collectivités publiques notamment, et non pas aux entreprises d'approvisionnement en électricité, par le biais d'une augmentation de leur bénéfice. 91 Le fait que la destinataire de la décision se soit engagée à assumer les risques financiers C Sàrl dans le cadre de son approvisionnement structuré, ne saurait justifier des frais d'auto-assurance pour faire face à ces risques. En effet, comme déjà mentionné au chiffre marginal 87, les risques liés à l'acquisition d'énergie étant couverts par le mécanisme de la différence couverture, ils ne justifient en aucune façon une marge bénéficiaire non appropriée. Par contre, le fait que la destinataire de la décision doive endosser, en grande partie, les risques de C Sàrl dans le cadre de l'approvisionnement structuré mis en place, correspond à une subvention croisée entre gestionnaires de réseau. Un tel subventionnement croisé est interdit. En effet, 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 et sur les contrats d'achat à long terme du gestionnaire du réseau de distribution (article 4, alinéa 1, 1ère phrase, OApEl). La législation sur l'approvisionnement en électricité ne prévoit pas que les coûts d'un autre gestionnaire de réseau de distribution puissent être pris en charge. Or, dans le cas d'espèce, les engagements contractés font supporter aux consommateurs finaux de la destinataire de la décision des risques qui concernent d'autres consommateurs. En conséquence, la destinataire de la décision doit trouver une solution pour que ses consommateurs finaux ne soient pas responsables de ces coûts supplémentaires. 92 La destinataire de la décision propose, dans son courrier du 26 janvier 2012 (act. 17), une nouvelle ventilation des coûts de gestion, en prenant également pour hypothèse le fait qu'elle ait conclu une assurance risque d'un montant estimé à [...] francs par année. A l'aide de ces nouvelles données, la destinataire de la décision cherche à démontrer que « le bénéfice réel de l'entreprise est en définitive très limité si l'on doit admettre que le total des coûts et bénéfice par consommateur final doit être plafonné à Fr. 95.- ». A titre explicatif, elle remet, en annexe, deux variantes de répartition des coûts de gestion, pour chacune des années concernées, soit 2009 et 2010 (act

17, annexes 15a à 15e). 93 Cette nouvelle ventilation des coûts de gestion, de même que la prise en compte d'une assurance risque de [...] francs ne remettent pas en cause la valeur limite de 95 francs fixée aux coûts de gestion, bénéfice inclus, ni sa méthode de calcul. D'une part parce qu'il s'agit de coûts hypothétiques (y c. la prime de risque) et non pas de coûts effectifs, et d'autre part, parce que les risques sont en définitive toujours supportés par les consommateurs finaux (cf. chiffre marginal 87). De plus, pour ce

22/31

qui concerne la nouvelle ventilation des coûts de gestion (act.17, variantes 1 et 2, annexes 15a et ss.), un changement d'intitulé ne permet pas de transformer des coûts de gestion en coûts d'approvisionnement ; de même que les coûts de personnel spécifiques à la fourniture d'énergie ne peuvent pas simplement être « réestimés selon la pratique de la branche » alors qu'il s'agit de coûts effectifs. 94 Dans son courrier du 15 mai 2012 (act. 21), la destinataire de la décision relève que les entreprises qui ont remplis les questionnaires pour les tarifs 2010 (comptabilité analytique) n'ont pas reçu d'instructions précises de la part de l'ElCom sur la répartition des coûts par nature. En particulier, leur attention n'aurait pas été attirée sur l'obligation d'expliquer leurs coûts d'accès au marché. Ainsi, tous les gestionnaires de réseau n'auraient pas enregistré leurs « coûts d'accès au marché » dans les coûts de gestion du fichier de comptabilité analytique, soit sous « autres coûts de la fourniture d'énergie » mais certains les auraient inclus dans les prix de l'énergie lui-même. 95 L'ElCom réfute cette allégation et soutient que le formulaire « Prix de revient pour la fourniture d'énergie 2010 » du fichier de calcul de coûts pour les tarifs 2010 ne pose pas de problème d'interprétation quant à la répartition des coûts. En effet, ledit formulaire distingue clairement les différents coûts de l'énergie, avec d'une part les coûts d'approvisionnement, à savoir les coûts de production propre (1) et les coûts d'achat de l'énergie, y c. les frais d'achat (2), et d'autre part, les coûts de gestion, soit les autres coûts de la fourniture d'énergie (3). En outre, des boutons d'information (aide en ligne) situés à côté de chaque élément de coûts (1, 2 et 3) fournissent des instructions sur le type de coûts à enregistrer ; ainsi, le bouton d'information relatif aux « autres coûts de la fourniture d'énergie » spécifie expressément : « Indiquez les coûts de la fourniture d'énergie qui ne sont pas attribuables aux catégories précédentes (par exemple les frais de distribution) ». Au demeurant, les coûts d'accès au marché que la destinataire de la décision doit supporter via B SA sont précisément des coûts de gestion (gestion du portefeuille d'approvisionnement, gestion des achats Spot et des prévisions de consommation), et ne peuvent donc pas être considérés comme des coûts d'achat. 96 En admettant que quelques gestionnaires de réseau n'aient pas compris les instructions fournies par l'ElCom pour compléter le formulaire « Prix de revient pour la fourniture d'énergie 2010 », et qu'ils aient ainsi commis, la première année, de soi-disant erreurs ayant joué un rôle important et systématique, les montants déclarés de leurs coûts auraient dû, au cours des années suivantes, se modifier. Ce n'est pourtant pas le cas, puisque la médiane des coûts de gestion n'a pratiquement pas changé au cours des dernières années, comme le montre la Table 2 sous chiffre marginal 80. Ainsi, si cet effet a peut-être joué un rôle au niveau de quelques entreprises isolées, il n'est, par contre, pas significatif au niveau de la totalité des entreprises. En revanche, en ce qui concerne les éventuelles erreurs non systématiques, celles-ci peuvent avoir des conséquences dans les deux directions. Il y a les erreurs qui augmentent la valeur définie et celles qui la réduisent, mais elles se compensent en grande partie réciproquement. De plus, avec la médiane, l'ElCom a délibérément choisi, pour déterminer la valeur-type, une mesure robuste, peu

influencée par les cas aberrants et les éventuelles erreurs de gestionnaires de réseau isolés dans l'affectation de leurs coûts. 97 La destinataire de la décision poursuit en invoquant des recommandations de l'Office fédéral de l'énergie (OFEN) concernant le raccordement des producteurs de courant issus d'énergies renouvelables, édictées le 10 février 2010, qui recommande de rétribuer l'énergie injectée sous forme de courant électrique dans le réseau sur la base du prix client final pour l'énergie d'un produit électrique standard pour les petits consommateurs captifs sous déduction de 8%, cette déduction correspondant à la marge des distributeurs (cf. Recommandation, p. 5, 1er paragraphe). Selon la destinataire de la décision, le pourcentage de marge admis par l'OFEN, soit le bénéfice des

23/31

distributeurs, est ainsi supérieur au 5% que l'EiCom entend lui appliquer dans la présente procédure (act. 21). 98 En réponse, le ST EiCom précise, dans son courrier du 31 mai 2012 (act. 23), que le champ d'application des Recommandations CRER (cf. chiffre marginal 9) se limite à l'acquisition d'énergie par les gestionnaires de réseau dans le cadre restreint de la production issue de producteurs indépendants au sens des articles 7 et 28a de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (RS 730.0 ; LEne). Ainsi, consciente du contenu de ces recommandations, l'EiCom n'entend pas imposer de pourcentage à la destinataire de la décision qui constituerait sa marge de distributeur d'énergie étant donné qu'un pourcentage fixe abouti à un effet pervers. En effet, un tel système constitue une incitation à rebours dans la mesure où plus les coûts de l'énergie livrée sont élevés, plus le bénéfice du gestionnaire de réseau s'accroît, comme expliqué dans le courrier du 24 novembre 2011 (act. 16) et au chiffre marginal 70. En outre, ces recommandations ne sont plus publiées par l'OFEN qui en prépare actuellement une révision dans le cadre de la politique énergétique 2050 (www.ofen.admin.ch ■ Thèmes ■ Approvisionnement en électricité ■ Conditions de raccordement pour les producteurs indépendants ; consulté le 30 novembre 2012). 99 Dans son dernier courrier du 15 juin 2012 (act. 24), la destinataire de la décision produit le rapport de A SA du 20 juin 2011. Ce dernier fait tout d'abord ressortir, s'agissant de la méthode et du critère d'intervention, que le critère de comparaison retenu par l'EiCom néglige le fait que les coûts de gestion dépendent non seulement du nombre de clients, mais également de la structure de la clientèle, tels que, p. ex. le nombre de lignes de distribution, les besoins d'information plus élevés des gros clients ou l'augmentation des actifs nets circulants pour des montants facturés plus faibles qui dépendent également du prix d'achat de l'énergie destinées à l'approvisionnement de base. Ainsi la structure de la clientèle constitue un aspect à prendre en compte dans les coûts de gestion et le bénéfice (act. 24, page 2 et annexe 1, page 4). 100 Du point de vue de l'EiCom, il n'est pas concevable que la structure de la clientèle de la destinataire de la décision soit plus complexe que celle des grands gestionnaires de réseau pris en compte dans l'échantillon du calcul de la médiane (cf. chiffres marginaux 72 ss). En effet, cet échantillon est composé de sociétés plus grandes possédant une clientèle hétéroclite plus nombreuse, avec un nombre important de gros clients et disposant souvent d'une production propre. De même, l'argument du fond de roulement net (actif net circulant) n'est pas vraiment convainquant, dans la mesure où s'il existe effectivement un plus grand besoin en fonds de roulement avec les gros clients, les GRD concernés peuvent remédier à ce problème en réduisant les périodes de facturation ou en exigeant le paiement d'acomptes de la part de leurs gros clients. L'argument concernant le nombre de lignes de distribution n'est, dans le cas présent, pas non plus pertinent. Par rapport à la valeur limite de référence de 95 francs par

consommateur final, les grandes sociétés enregistrent donc, souvent, un bénéfice par consommateur final moindre que celui de la destinataire de la décision. 101 La destinataire de la décision objecte encore du fait que le bénéfice admissible soit défini différemment en fonction du chiffre concret et doit également être considéré de manière critique, car il en découle une discrimination entre les entreprises d’approvisionnement en électricité (act. 24, p. 2). 102 Le bénéfice maximal accepté par l’ElCom correspond à la valeur limite de référence de laquelle on déduit les coûts de gestion par consommateur final. Ainsi, le montant maximal de bénéfice dépend effectivement directement du montant des coûts de gestion, toutefois, selon les explications fournies au chapitre 6.3 Cadre méthodologique, cet état de fait n’est pas discriminatoire, mais serait plutôt de nature à inciter les entreprises à l’efficacité et à la maîtrise de leurs coûts de gestion.

24/31

103 Ensuite, la destinataire de la décision relève que les coûts de gestion de la plupart des GRD sont répartis à l’aide d’une clé de répartition entre les différents secteurs de l’entreprise, soit le réseau, la fourniture d’énergie, la production, etc. Lors de la répartition, il peut se poser des problèmes de délimitation entre les différents secteurs de l’entreprise, tout comme lors de la répartition des coûts de gestion entre partenaires distributeurs (act. 24, annexe 1, p. 9). 104 En ce qui concerne le problème de la répartition des coûts de gestion entre les différents secteurs de l’entreprise, l’ElCom relève que les clés de répartition ne peuvent pas être choisies librement par les GRD, car les subventions croisées entre l’exploitation du réseau et les autres secteurs d’activité sont interdites (article 10, alinéa 1, LApEl). De plus, l’article 7, alinéa 5, OApEl précise que les coûts indirects doivent être imputés selon une clé de répartition établie dans le respect du principe de causalité, que celle-ci doit faire l’objet d’une définition écrite pertinente et vérifiable et qu’elle doit respecter le principe de constance. Ainsi, il est de la responsabilité des GRD de définir une clé de répartition qui respecte, au plus proche de la réalité, les coûts imputables à chaque secteur. De même, la définition de la clé de répartition permettant de répartir les coûts indirects entre partenaires distributeurs doit se faire dans le même esprit, et rendre possible une répartition des coûts au plus proche de la réalité. 105 Enfin, la destinataire de la décision cherche à comparer ses propres coûts de gestion, bénéfice inclus, avec ceux du Groupe Romande Energie et met en doute le bien-fondé de la valeur limite de référence qui lui est imposée (act. 24, annexe 2, Groupe Romande Energie, Rapport de gestion 2011). 106 Les chiffres clés figurant dans le rapport de gestion 2011 du Groupe Romande Energie ne permettent pas de déterminer les coûts de gestion, bénéfice inclus, du domaine de l’énergie de cette dernière et rendent toute tentative de calcul illusoire. D’autre part, comme l’ElCom a procédé à l’examen des tarifs de l’électricité de Romande Energie SA et exigé des corrections ayant des implications sur la tarification 2011, une comparaison objective n’est pas possible. 107 Le rapport de A SA formule encore d’autres critiques. Le calcul de la valeur limite de référence ne tiendrait pas compte du risque relatif aux clients pouvant changer de fournisseurs (act. 24, annexe 1, p. 5). 108 Cette critique méconnaît le fait que, par le biais du mécanisme de différence de couverture, tous les risques sont, en fin de compte, supportés par les clients finaux en approvisionnement de base à qui tous les coûts effectifs (appropriés) sont facturés par la destinataire de la décision (cf. chiffre marginal 87). Du point de vue de l’ElCom, il n’y a donc pas de raison d’intégrer une prime de risque dans le calcul du bénéfice. De plus, toutes les entreprises considérées se trouvent face au même problème, ce qui signifie qu’elles doivent toutes gérer ce risque et qu’il ne joue pas

un rôle plus sensible pour la destinataire de la décision que pour les entreprises prises en compte dans le calcul de la valeur limite de référence. 109 Le rapport de A SA mentionne d'autre part qu'il convient de tenir compte du fait que les tarifs de fourniture de l'énergie aux consommateurs finaux au bénéfice de l'approvisionnement de base sont liés dans de nombreuses communes à des aspects politiques et qu'il existe donc le risque que le seuil soit le résultat de réflexions non pas économiques, mais politiques (act. 24, annexe 1, p. 5). 110 Il convient de relever ici que l'article 10, alinéa 1, LApEl, interdit les subventions croisées entre l'exploitation du réseau et les autres secteurs d'activité. Par conséquent, un éventuel subventionnement des « déficits » du secteur de l'énergie par le secteur réseau par exemple n'est plus possible. Le secteur de l'énergie (approvisionnement de base), comme tout secteur d'activité régulé, doit au minimum couvrir ses coûts (appropriés), même lorsque le GRD dépend d'une

25/31

commune et que les aspects politiques sont très présents. Quant aux GRD qui renoncent, pour des raisons « politiques », à réaliser un bénéfice dans le secteur de l'énergie, ils ne sont, à la connaissance de l'ElCom, qu'environ 20% (source : fichiers de calcul des coûts pour les tarifs 2010 ; comptabilité analytique). L'entreprise médiane réalise, elle, un bénéfice approprié (cf. chapitre 6.3 Cadre méthodologique, Table 2). D'autre part, les redevances et prestations fournies aux collectivités publiques devant être comptabilisées séparément (cf. art. 7, al 3, let. k, OApEl), il n'existe pas de risque que ces dernières soient prises en compte dans les « autres coûts de la fourniture d'énergie ». 111 Le rapport de A SA mentionne encore, comme alternative au critère de comparaison des francs/consommateur final, l'utilisation de cts/kWh pour critiquer la valeur limite de référence des coûts de distribution de la fourniture d'énergie aux clients en approvisionnement de base (pour tenir en compte implicitement la taille des clients) (act 24, annexe 1, p. 6). 112 L'ElCom ne juge pas cette alternative pertinente. En effet, comme mentionné au chiffre marginal 73, les coûts de gestion, bénéfice inclus, dépendent avant tout du nombre de consommateurs ; ils et ne sont pas liés à la taille de ces derniers et donc au nombre de kWh vendus, mais au nombre de consommateurs sur lesquels sont répartis ces coûts. En conséquence, l'ElCom ne voit pas en quoi ce dernier critère permet de comparer les coûts de gestion et le bénéfice des gestionnaires de réseau de manière plus adéquate. 113 Le rapport de A SA mentionne également un calcul, effectué à partir des données figurant dans le VSE/AES Datenpool sur la base de 49 fichiers de « comptabilité analytique 2011 », qui indiquerait que 10 entreprises sur ces 49 dépasseraient le seuil de 95 francs pour les coûts de gestion/distribution par consommateur final en approvisionnement de base (act 24, annexe 1, p. 5). 114 Il convient ici de noter que la base de données de l'ElCom n'est pas comparable à celle du VSE/AES Datenpool. En effet, les informations relatives aux gestionnaires de réseau suisses sont largement plus vastes et plus complètes dans la base de données de l'ElCom que dans celle du VSE/AES Datenpool, pour la simple raison que les données fournies à l'ElCom relèvent d'une obligation légale qui impose une certaine qualité de l'information financière et comptable transmise, et à laquelle tous les GRD doivent se soumettre. C'est ainsi qu'un fichier de comptabilité analytique a été remis à l'ElCom par tous les grands GRD pour les tarifs 2010 et par tous les GRD à partir des tarifs 2011 (cf. chiffre marginal 75). A l'opposé, la base de données du VSE/AES Datenpool est un projet commercial, auquel n'ont participé que 49 gestionnaires de réseau sur plus de 700, ce qui pose certains problèmes au niveau de l'échantillon. De plus, le calcul précité a été effectué

une année plus tard sur la base de 49 fichiers de « comptabilité analytique 2011 » (act. 24, annexe 1, p.5), sans précision quant à la méthodologie appliquée (les valeurs extrêmes faussant le résultat ont-elles bien été éliminées, etc.), et repose sur un échantillon non homogène qui mélange des entreprises de tailles diverses. 115 En conclusion, la destinataire de la décision n'ayant pas démontré que ses coûts de gestion 2009 et 2010 (budget) étaient plus élevés que ceux indiqués dans son courrier du 10 juin 2010 (act. 7), l'ElCom établit que les coûts de gestion imputables sont couverts et qu'un bénéfice approprié peut être réalisé dans le cadre de la valeur limite de référence de 95 francs par consommateur final. L'ElCom confirme que les excédents de couverture doivent être restitués aux consommateurs finaux en approvisionnement de base.

26/31

7 Surveillance des prix 7.1 Législation sur la surveillance des prix 116 Dans son mémoire du 30 septembre 2011 (act. 15), la destinataire de la décision a développé une argumentation fondée sur la loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (RS 942.20 ; LSPr). Elle requiert notamment l'application des articles 12 et 13, alinéa 1, LSPr. Cette argumentation ne peut toutefois pas être suivie pour les raisons suivantes. 117 L'ElCom surveille le respect des dispositions de la LApEl, prend les mesures et rend les décisions nécessaires à l'exécution de cette loi et de ses dispositions d'exécution (article 22, alinéa 1, LApEl). Le Surveillant des prix, quant à lui, empêche les augmentations de prix abusives et le maintien de prix abusif ; la surveillance de certains prix par d'autres autorités est réservée (article 4, alinéa 1, LSPr). Il ressort de la formulation de ces dispositions légales que l'ElCom est investie d'une fonction spéciale alors que le Surveillant des prix est chargé d'une fonction générale. En outre, l'article 15, LSPr prévoit que l'autorité compétente en matière d'autres régimes de surveillance des prix agit selon la LSPr dans la mesure où cela est compatible avec les objectifs visés par son régime de surveillance particulier. 118 La norme spéciale l'emporte sur la générale, la norme postérieure sur l'antérieure (ATF 124 I 176 ; ATF 123 II 534, sp. 537 ; MOOR PIERRE, Droit administratif – Volume I – Les fondements généraux, 2e édition, Berne 1994, p. 145 ; HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6e édition, Zurich et St-Gall 2010, ch. 220, p. 47). En l'espèce, la LApEl, adoptée en 2007 revêt la qualité de loi spéciale (lex specialis) et de loi postérieure (lex posterior) sur la LSPr, adoptée en 1985. Ainsi, la législation fédérale sur l'approvisionnement en électricité prime celle sur la surveillance des prix, tant en vertu du principe « lex specialis derogat generali » que de celui « lex posterior derogat legi priori ». 119 En application de l'article 15, alinéa 2, LSPr, les autorités en charge d'autres régimes de surveillance sont tenues d'appliquer la LSPr dans la mesure où cela est compatible avec les objectifs visés par son propre régime de surveillance particulier. Dans le cas d'espèce, la LApEl poursuit en partie les mêmes objectifs que la LSPr tout en adoptant un régime particulier au domaine de l'approvisionnement en électricité. En conséquence, au vu de ce qui précède et en vertu du caractère de loi spéciale et postérieure de la LApEl, l'ElCom n'applique pas la LSPr à l'exception de l'article 15, alinéa 2ter, LSPr qui dispose que l'autorité compétente mentionne l'avis du Surveillant des prix dans sa décision. Si elle s'en écarte, elle s'en explique (cf. également article 3, alinéa 2, du Règlement interne ElCom).

7.2 Prise de position de la Surveillance des prix 120 Le 14 juillet 2011 (act. 10), le ST ElCom a transmis son rapport d'analyse au Surveillant des prix pour que celui-ci puisse prendre position conformément à l'article 15, LSPr (cf. également MCF LIE/LApEl, chiffre

5.2.2, p. 1560). 121 Par courrier du 11 août 2011 (act. 13), le Surveillant des prix partage la critique de l'ElCom et appuie la méthode retenue. Celle-ci incite davantage à l'efficacité et ne lie pas le bénéfice au montant des coûts. Néanmoins, il recommande de prendre en compte comme valeur limite de référence uniquement la médiane résultant de la comparaison des coûts de gestion, bénéfice inclus, des entreprises, c.-à-d. le montant de 74 francs calculé en 2010. Pour lui, un supplément n'est pas nécessaire.

27/31

122 Selon les calculs du Surveillant des prix, la destinataire de la décision aurait fait payé aux consommateurs des tarifs 2009 et 2010 trop élevés de [...] francs en 2009 ([...] francs – [...] francs) et [...] francs en 2010 ([...] francs – [...] francs), c.-à-d. au total respectivement [...] francs en 2009 et [...] francs en 2010. 123 Toutefois, du fait que le supplément de 21 francs permet d'inclure près des deux tiers des grands gestionnaires de réseau de distribution dans la valeur limite de référence de 95 francs, l'ElCom considère cette dernière comme plus appropriée (cf. chapitre 6.3.4) et décide de ne pas suivre la recommandation de la Surveillance des prix. 8 Emoluments 124 Pour ses décisions dans les domaines de l'approvisionnement en électricité et de production d'énergie, l'ElCom prélève des émoluments (article 21, alinéa 5, LApEl, article 13a, de l'ordonnance du 22 novembre 2006 sur les émoluments et les taxes de surveillance dans le domaine de l'énergie [RS 730.05 ; Oémol-En ;]). Ces émoluments sont calculés en fonction du temps consacré au dossier et varient suivant la classe de fonction du personnel exécutant de CHF 75 à 250 l'heure (article 3, Oémol-En). 125 Pour la présente décision, l'émolument perçu s'élève à CHF [...]-, représentant [...] heures de travail facturée au tarif de CHF 250.-/heure, [...] heures de travail facturées au tarif de CHF 200.-/heure et [...] heures au tarif de CHF 170.-. 126 Celui qui provoque une décision est tenu de payer l'émolument (article 1, alinéa 3, Oémol-En en lien avec l'article 2, alinéa 1, de l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004 [OGEmol ; RS 172.041.1]). Or, en l'espèce, la destinataire de la décision, en sa qualité de gestionnaire de réseau, est responsable pour fixer les tarifs dans sa zone de desserte (article 6, LApEl). L'ElCom a réduit la somme des coûts de gestion et du bénéfice de la fourniture d'énergie aux consommateurs en approvisionnement de base de la destinataire de la décision. Elle a ainsi corrigé partiellement les tarifs de l'énergie à l'approvisionnement de base. Par conséquent, la destinataire de la décision ayant été déboutée sur ses conclusions, l'émolument de la présente procédure est mis à sa charge.

28/31

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

E. 11

21 31 41 51 61 Coûts par consommateur final [CHF]

Nombre de gestionnaires de réseau, trié en ordre croissant Graphique 1 : Coûts de gestion, bénéfice inclus, par client final (2010) sur la base des données non apurées des « grands gestionnaires de réseau » ; les données chiffrées figurent en annexe.

18/31