



Nos références : 211-00385

Berne, le 20 septembre 2022

Le TAF a partiellement admis le
recours dans son arrêt
A-4882/2022 du 29 juin 2023,
nouvelle décision de l'ElCom du
10.10.2023

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

Composition : Werner Luginbühl (président), Laurianne Altwegg (vice-présidente),
Katia Delbiaggio, Sita Mazumder, Jürg Rauchenstein, Andreas Stöckli,
Felix Vontobel

en l'affaire : **Ville de Lausanne**, Services industriels de Lausanne (SiL),
Place Chauderon 23, 1003 Lausanne

(la destinataire de la décision)

concernant la vérification du calcul et du suivi des différences de couverture de l'énergie
jusqu'en 2020, notamment de la rémunération des excédents de couverture
de l'énergie 2009 et 2010 à partir de l'année 2016

Table des matières

I	Exposé des faits	3
II	Considérants	6
1	Compétence	6
2	Objet de la procédure.....	6
3	Parties et droit d'être entendu	7
3.1	Parties	7
3.2	Droit d'être entendu.....	7
4	Droit applicable.....	8
5	Pas de prescription de l'exercice comptable 2016 de la destinataire de la décision	10
5.1	Délai de prescription de cinq ans	10
5.2	<i>Dies a quo</i> et échéance du délai de prescription	10
5.3	Conclusion intermédiaire sur la prescription	12
6	Bases légales et directive 2/2019 de l'ECom.....	12
7	Calcul et suivi des différences de couverture de l'énergie.....	14
7.1	Calcul des différences de couverture de l'énergie de l'approvisionnement de base	14
7.1.1	Données transmises.....	14
7.1.2	Synthèse du calcul des différences de couverture de l'énergie de l'approvisionnement de base	15
7.2	Suivi des différences de couverture	15
7.2.1	Données transmises.....	15
7.2.2	Corrections de l'ECom.....	16
7.2.3	Synthèse du suivi des différences de couverture de l'énergie de l'approvisionnement de base	17
8	Prise en compte de la rémunération des excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 à partir de l'année 2016	18
8.1	Autorité de chose jugée (<i>res judicata</i>).....	18
8.2	Calcul.....	20
9	Emoluments	21
III	Dispositif	22
IV	Indication des voies de recours	24

I Exposé des faits

A.

- 1 Par décision partielle 211-00004 du 15 décembre 2016 (pièce 1) rendue dans le cadre d'une procédure portant sur les coûts et tarifs 2009 et 2010 de la fourniture d'énergie de la Ville de Lausanne, Services industriels de Lausanne (SiL ; ci-après : destinataire de la décision), la Commission fédérale de l'électricité (EiCom ; ci-après : l'autorité de céans) a notamment fixé les coûts d'approvisionnement imputables destinés à l'approvisionnement de base pour les années tarifaires 2009 et 2010 ainsi que le montant des excédents de couverture y relatifs. Elle a alors ordonné le remboursement de ces derniers conformément à la directive 1/2012 de l'EiCom) du 19 janvier 2012/13 juin 2013 portant sur les différences de couverture des années précédentes (ci-après : directive 1/2012 ; téléchargeable sur www.elcom.admin.ch → Documentation → Directives abrogées, consulté le 23 août 2022).
- 2 Cette décision a été confirmée par le Tribunal administratif fédéral (TAF, arrêt A-699/2017 du 26 août 2019, pièce 2) puis par le Tribunal fédéral (TF, arrêt 2C_828/2019 du 16 juillet 2020 ; pièce 3). En rejetant l'arrêt « dans le sens des considérants » (ch. 1 du dispositif), le TF a toutefois retenu que l'autorité intimée – à savoir l'EiCom – n'avait ordonné le paiement d'aucun intérêt en lien avec les sommes que la recourante doit rétrocéder à ses consommateurs captifs pour 2009 et 2010 et qu'il convenait dès lors de constater que la Ville de Lausanne ne doit aucun intérêt sur les trop-perçus qu'elle est tenue de rembourser à ses clients captifs (cf. TF, arrêt 2C_828/2019 du 16 juillet 2020, consid. 9.2 s., p. 23).
- 3 Le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) et l'autorité de céans ont déposé chacun et indépendamment l'un de l'autre une demande de révision tendant à l'annulation de la deuxième partie du chiffre 1 du dispositif de l'arrêt du TF « dans le sens des considérants » afin que les excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 portent intérêt. Alors que la première a été rejetée dans la mesure où elle était recevable, la seconde a été déclarée irrecevable (TF, arrêts 2F_21/2020 et 2F_20/2020 du 15 octobre 2020 ; pièce 4).

B.

- 4 Au vu de l'issue des procédures prédécrites, des échanges ont eu lieu entre la destinataire de la décision, respectivement son mandant de l'époque d'une part, et le Secrétariat technique de l'EiCom (ST EiCom), d'autre part, en vue de mettre en œuvre l'arrêt (pièces 5 – 12).
- 5 Une séance prévue au niveau opérationnel n'a pas pu avoir lieu, mais une réponse à la destinataire de la décision faisant suite à l'audition par l'autorité de céans des représentants et du mandataire de cette dernière qui s'est tenue en date du 9 février 2021 a été faite par courrier du 16 mars 2021 (pièce 5). Ce courrier précise également que « l'EiCom s'attend à ce que les corrections arrêtées [dans sa décision du 15 décembre 2016] soient appliquées également aux années qui suivent les années ayant déjà fait l'objet d'une procédure en vérification des tarifs, à savoir de 2011 à 2020 ». Des entretiens téléphoniques au niveau opérationnel ont également eu lieu entre des collaborateurs de la destinataire de la décision, d'une part, et le ST EiCom, d'autre part (pièce 6).
- 6 Par courriel du 4 mai 2021 (pièce 7), le ST EiCom a transmis à la destinataire de la décision un fichier Excel comprenant différents tableaux de calcul (onglet 1) et de suivi (onglet 2) des différences de couverture (ci-après : DC) de l'énergie. Elle l'a également informée que l'autorité de céans avait décidé de lui demander de rémunérer les excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 à partir de l'année 2016, au taux de WACC du réseau (t + 2) et lui a demandé de compléter les fichiers Excel en conséquence.

7 Par courrier transmis par voie électronique du 12 mai 2021 (pièce 8), le mandataire de la destinataire de la décision a interpellé l'autorité de céans sur l'obligation de rémunérer les excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 à partir de l'année 2016. Il a notamment demandé sur la base de quelle décision cette obligation reposait et indiqué au ST ECom que le TF avait définitivement jugé à deux reprises dans cette même cause que les excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 ne portaient pas intérêts. Par courrier du 20 mai 2021 (pièce 9), le ST ECom a répondu en substance qu'il appliquait sa pratique constante exposée dans la directive 2/2019 du 5 mars 2019 relative aux différences de couverture du réseau et de l'énergie des années précédentes (directive 2/2019) ainsi qu'aux annexes qui y sont intégrées (téléchargeable sur www.elcom.admin.ch → Documentation → Directives, consulté le 23 août 2022). Il a ajouté que la question du paiement des intérêts sur les excédents de couverture ne revêt pas l'autorité de chose jugée (*res judicata*) du fait que dans son arrêt du 16 juillet 2020, le TF faisait en effet grief à l'autorité de céans de ne pas avoir expressément fait mention des intérêts dans sa décision partielle du 15 décembre 2016. Il a conclu son courrier en fixant un délai à la destinataire de la décision pour faire suite à son courriel du 4 mai 2021 (pièce 7).

8 Après avoir demandé et obtenu une prolongation de délai (pièces 10 et 11), le mandataire de la destinataire de la décision, se prévalant notamment de l'autorité de chose jugée (*res judicata*), soutenait par courrier transmis par voie électronique du 22 juin 2021 (pièce 12) que les excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 ne devaient pas être rémunérés et que cela devait être constaté dans une décision si l'autorité de céans entendait maintenir sa position.

C.

9 Par courrier recommandé du 20 juillet 2021 (pièce 13), le ST ECom a ouvert une procédure à l'encontre de la destinataire de la décision. Celle-ci porte sur la vérification du calcul et du suivi des DC de l'énergie jusqu'en 2020, y compris d'éventuelles corrections des revenus et des coûts imputables effectifs, et sur la vérification des intérêts sur les DC des années précédentes, notamment des années tarifaires 2009 et 2010 à partir de l'année tarifaire 2016. La correspondance échangée jusqu'alors entre la destinataire de la décision et le ST ECom en la cause notée sous rubrique selon répertoire des pièces joint a été versée au dossier de la cause. La destinataire de la décision a en outre été priée de compléter de manière détaillée le fichier Excel « 211-00385_TA_Différence de couverture Energie SIL ». Ce fichier comprend différents tableaux de calcul des DC de l'énergie (onglet 1) et de suivi des DC de l'énergie (onglet 2). Instruction a donc été donnée que le nouveau calcul des DC devait être conforme aux corrections apportées par l'autorité de céans dans les coûts et les revenus de l'énergie de la destinataire de la décision au cours de la procédure de vérification des tarifs de l'énergie 211-00004, dans la décision partielle du 15 décembre 2016, confirmée par différents arrêts. Les éléments justificatifs de coûts et de revenus de l'énergie permettant de plausibiliser ce nouveau calcul, ainsi que l'affectation des DC (imputation effective des DC dans les tarifs de l'énergie) ont également été demandés.

10 Après avoir sollicité (pièce 15) et obtenu (pièce 17) une prolongation de délai et échangé diverses informations d'ordre technique en lien avec la conduite de la procédure (pièces 14 et 16), la destinataire de la décision a fait parvenir au ST ECom sa prise de position en date du 21 septembre 2021 (pièce 18). Dans celle-ci, la destinataire de la décision se prévaut du fait que la question des intérêts pour les années sous revue bénéficie de l'autorité de chose jugée (*res judicata*), car le TF s'est, en toute clarté, exprimé sur le fond de la question de l'obligation de paiement des intérêts dans le cadre de la procédure de vérification des coûts et tarifs 2009 et 2010 de la fourniture d'énergie. Par conséquent, ils ne sont pas applicables. Elle demande une décision préjudicielle sur ce point. Elle se prévaut également du fait que les prétentions pour les années antérieures à 2017 seraient prescrites et se limite donc à transmettre les données à partir de 2017.

11 La destinataire de la décision n'est plus représentée dans le cadre de la présente procédure.

D.

- 12 En date du 13 octobre 2021 (pièce 19), le ST ECom a envoyé un courrier à la destinataire de la décision pour obtenir des informations supplémentaires portant notamment sur les données relatives aux DC de l'énergie 2016, le nombre de destinataires de factures, le solde du fonds de DC au 1^{er} janvier 2016 et enfin les montants de DC imputés aux tarifs T+1.
- 13 Après avoir demandé (pièce 20) et obtenu (pièce 21) une prolongation de délai, la destinataire de la décision a déposé en date du 18 novembre 2021 un courrier par voies postale et électronique (pièce 22) par lequel elle informe le ST ECom que les informations complémentaires demandées avec quelques explications concernant les corrections effectuées (onglet Description des corrections) ont été transmises par PrivaSphere. Elle estime par ailleurs que, selon la pratique de l'autorité de céans exposée dans la Newsletter 8/2016 (téléchargeable sur www.elcom.admin.ch → Documentation → Newsletter, consulté le 23 août 2022), le délai de prescription pour une année tarifaire donnée commence à courir (*dies a quo*) au 1^{er} septembre de l'année précédente, c'est-à-dire, au jour suivant la date butoir à laquelle les gestionnaires de réseau (ci-après : GRD) doivent transmettre leurs tarifs pour l'année tarifaire en question. Partant, le délai de prescription pour l'année 2016 aurait commencé à courir le 1^{er} septembre 2015 et serait arrivé à échéance le 1^{er} septembre 2020. Le ST ECom a accusé réception de ces documents par courriel du 22 novembre 2021 (pièce 23).

E.

- 14 Par courrier recommandé du 23 février 2022 (pièce 25), le ST ECom a notifié son rapport de vérification à la destinataire de la décision ainsi qu'à la Surveillance des prix (SPr).
- 15 Après avoir demandé (pièce 26) et obtenu (pièce 27) une prolongation de délai, la destinataire de la décision a déposé une prise de position en date du 6 mai 2022 (pièce 28). Elle conteste trois aspects. Premièrement, s'agissant du calcul et du suivi des DC de l'énergie, la destinataire de la décision prend acte des explications, chiffres et corrections sans les contester à ce stade, mais en précisant toutefois que cela ne constitue pas une acceptation tacite. Deuxièmement, elle maintient que l'année 2016 était prescrite. Troisièmement et enfin, elle maintient également que, s'agissant de la rémunération des excédents de couverture 2009 et 2010, soit la prise en compte d'intérêts, la question ayant été jugée à deux reprises, elle est au bénéfice de la force de chose jugée si bien qu'elle ne saurait être réexaminée dans le cadre de la présente procédure.
- 16 Le ST ECom a accusé réception de cette prise de position par courrier du 13 mai 2022 (pièce 29) et informé la destinataire de la décision qu'il prévoyait de soumettre à brève échéance un projet de décision à l'autorité de céans pour approbation.
- 17 La SPr a quant à elle renoncé à prendre position par courrier du 16 juin 2022 transmis par courriel du 17 juin 2022 (pièce 31).

F.

- 18 Par courriel du 24 mai 2022 (pièce 30), et suite à la demande téléphonique du ST ECom, la destinataire de la décision a indiqué que, s'agissant de la restitution de l'excédent de couverture 2009 – 2010 de [...] francs sur [...] ans, une première tranche de [...] francs avait déjà été restituée dans le cadre des tarifs 2022 et qu'il était prévu de restituer une deuxième tranche de montant identique dans le cadre de l'élaboration des tarifs 2023. Le ST ECom en a accusé réception par courriel du même jour (pièce 30).
- 19 Il sera revenu ci-après, en tant que de besoin, sur les autres éléments du dossier.

II Considérants

1 Compétence

- 20 A teneur de l'article 22 de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEI ; RS 734.7), l'ECom surveille le respect des dispositions de la loi, prend les mesures et rend les décisions nécessaires à l'exécution de loi et de ses dispositions d'exécution. Elle est notamment compétente pour vérifier, d'office ou en cas de litige, les tarifs et la rémunération pour l'utilisation du réseau ainsi que les tarifs de l'électricité (art. 22, al. 2, let. a et b, LApEI). La législation sur l'approvisionnement en électricité (LApEI et ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité [OApEI ; RS 734.71]) contient des règles sur les tarifs de l'électricité et sur la compensation des gains injustifiés dus à des tarifs d'électricité trop élevés qui doivent être corrigés au moyen du mécanisme de différence de couverture (notamment art. 6, LApEI [2015] et art. 4, 7 et surtout 19, OApEI [2016]).
- 21 La compétence de l'ECom pour procéder à la vérification du calcul et du suivi des DC de l'énergie jusqu'en 2020, y compris d'éventuelles corrections des revenus et des coûts imputables effectifs (consid. 7), et à la vérification de la prise en compte des intérêts sur les excédents de couverture de l'énergie des années 2009 et 2010 à partir de l'année tarifaire 2016 (consid. 74), est dès lors donnée. La question de la prescription de l'exercice comptable 2016 fait l'objet d'un considérant spécifique (cf. consid. 5). La procédure est menée d'office.

2 Objet de la procédure

- 22 La présente procédure porte sur la vérification du calcul et du suivi des DC de l'énergie jusqu'en 2020, y compris d'éventuelles corrections des revenus et des coûts imputables effectifs, et vérification des intérêts sur les DC des années précédentes, notamment des années tarifaires 2009 et 2010 à partir de l'année tarifaire 2016.
- 23 Le calcul et le suivi des DC de l'énergie (mise en conformité) se basent sur la décision partielle de l'autorité de céans du 15 décembre 2016 en la cause 211-00004, confirmée dans le cadre des procédures de recours qui s'en sont suivies et qui portait sur la vérification des coûts et tarifs 2009 et 2010 de la fourniture d'énergie en approvisionnement de base. Ils se fondent sur les coûts et revenus effectifs des années considérées (2016 à 2020) ainsi que sur le montant du solde de DC à prendre en compte au début de l'année 2016.
- 24 L'autorité de céans examine également que les excédents de couverture 2009 et 2010 soient bien rémunérés à partir de l'année 2016.
- 25 Dans le cadre de la vérification du calcul et du suivi des DC 2016 à 2020 et de la rémunération des excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 à partir de l'année tarifaire 2016, l'autorité de céans s'est concentrée, en observant les principes de la matérialité et de l'économicité, sur plusieurs points principaux et n'a donc pas examiné tous les aspects de manière approfondie. La vérification a été effectuée sur la base de l'examen des informations et documents fournis. Elle s'est essentiellement fondée sur des enquêtes qualitatives et des calculs de plausibilité dans le but de vérifier la conformité du calcul et du suivi des DC et de la rémunération des DC 2009 et 2010 à partir de l'année tarifaire 2016, avec les prescriptions légales conformément à la directive 2/2019, y c. le formulaire de différence de couverture intégré, qui a remplacé la directive 1/2012, annexes comprises, et dont la teneur est similaire et qui concrétisent en la matière l'article 6, alinéa 1 LApEI en lien avec l'article 4, alinéa 1, 1^{ère} phrase OApEI [2016] ainsi que l'article 19 OApEI qui prévoit notamment à son alinéa 2 la compensation, par réduction tarifaire, des gains injustifiés dus à des tarifs d'utilisation du réseau ou à des tarifs d'électricité trop élevés.

- 26 On ne saurait conclure que les différents calculs présentés par la destinataire de la décision et les valeurs qui en résultent seront automatiquement acceptés par l'autorité de céans lors d'une future vérification approfondie. Une vérification ultérieure des points qui n'ont pas été examinés dans le cadre de la présente procédure demeure réservée.
- 27 A noter que, demeurent litigieuses les questions de la prescription de l'exercice comptable 2016 (consid. 5), celle du calcul et du suivi des DC de l'énergie 2016 à 2020, y c. le solde du fonds de DC au 1^{er} janvier 2016, avant prise en compte des excédents de couverture de l'énergie des années 2009 et 2010 (consid. 7), et enfin celle de la prise en compte de la rémunération des excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 à partir de l'année 2016 (consid. 74).

3 Parties et droit d'être entendu

3.1 Parties

- 28 Sont admises comme parties au sens de l'article 6 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021), 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. Selon l'article 48, alinéa 1 PA, a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée, et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. Ces conditions sont cumulatives. A également qualité pour recourir toute personne, organisation ou autorité qu'une autre loi fédérale autorise à recourir (art. 48, al. 2, PA).
- 29 La destinataire de la décision, en sa qualité de GRD au sens de la législation sur l'approvisionnement en électricité, est directement touchée dans ses droits et obligations par la présente vérification des tarifs. Elle revêt donc la qualité de partie au sens de l'article 6 PA.

3.2 Droit d'être entendu

- 30 La destinataire de la décision a déjà fait l'objet d'une procédure en vérification des tarifs (211-00004) au cours de laquelle l'autorité de céans a notamment rendu une décision partielle en date du 15 décembre 2016 (pièce 1) qui porte sur la fourniture d'énergie. Celle-ci a été confirmée pour l'essentiel dans des arrêts successifs du TAF (pièce 2) et du TF (pièces 3 et 4). Par courrier du 16 mars 2021 (pièce 5) donnant réponse aux demandes déposées par la destinataire de la décision lors de l'audition du 9 février portant sur la mise en œuvre de la procédure 211-00004 ainsi que par courriel du 4 mai 2021 (pièce 7), le ST EICom a notamment demandé l'application des corrections arrêtées aux années 2011 à 2020 ainsi que la rémunération des excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 à partir de l'année 2016, au taux de WACC réseau (T+2), ce qui impliquait un nouveau calcul des DC 2011 à 2020.
- 31 La destinataire de la décision n'ayant pas accédé à la demande du ST EICom visant à mettre en œuvre la décision du 15 décembre 2016 (pièce 1) et à prendre en compte un intérêt sur les excédents de couverture 2009 et 2010, à partir de l'année 2016, malgré plusieurs échanges de courriers, ce dernier a donc formellement ouvert à son encontre une procédure d'office par courrier recommandé du 20 juillet 2021 (pièce 13). Il a versé au dossier de la cause la correspondance échangée jusqu'alors entre la destinataire de la décision et lui-même, ainsi que d'autres pièces expressément mentionnées dans le répertoire des pièces, et lui a à nouveau fixé un délai pour calculer les DC selon ses instructions. Ainsi, en date du 21 septembre 2021, la destinataire de la décision a déposé une prise de position (pièce 18) par laquelle elle se prévaut en substance que l'on ne saurait revenir sur la question des intérêts des DC 2009 et 2010 car celle-ci bénéficierait de l'autorité de chose jugée (*res judicata*), d'une part, et que les prétentions antérieures à 2017 seraient prescrites, d'autre part.

- 32 Le ST EICom a ensuite posé un certain nombre de questions complémentaires (pièce 19) auxquelles la destinataire de la décision a répondu par courrier déposé par voies postale et électronique (pièce 22). Il a aussi été fait usage des fichiers de comptabilité analytique des tarifs T2013 à T2017 déposés par la destinataire de la décision sur le site internet de l'EICom (pièce 24).
- 33 Par courrier recommandé du 23 février 2022 (pièce 25), le ST EICom a notifié son rapport de vérification à la destinataire de la décision ainsi qu'à la SPr. La destinataire de la décision y a répondu par prise de position du 6 mai 2022 (pièce 28) dans laquelle elle conteste en substance trois aspects, à savoir le calcul du suivi des DC de l'énergie (1), la correction de l'année tarifaire (exercice comptable de la destinataire de la décision) 2016 qui serait prescrite (2), et enfin la rémunération des excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 à partir de l'année 2016 (3) (cf. ch. marg. 27). La SPr y a quant à elle renoncé par courrier du 16 juin 2022 transmis par courriel du 17 juin 2022 (pièce 31).
- 34 Enfin, en réponse à la question du ST EICom, la destinataire de la décision a communiqué par courriel du 24 mai 2022 (pièce 30), les restitutions des excédents de couverture auxquelles elle a déjà procédé et celles auxquelles elle entend encore donner suite.
- 35 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).

4 Droit applicable

- 36 En règle générale, les normes en vigueur au moment où les faits se produisent s'appliquent aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause (MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, *Droit administratif – Volume I – Les fondements*, 3^e éd., Berne 2012, ci-après : MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, n. 2.4.2.3, p. 184 ; cf. également TAF, arrêt du 21 décembre 2016, A-6840/2015, consid. 3.1.2 ; EICom, décision 211-00301 du 7 décembre 2021, consid. 5, ch. marg. 52 pp. 12 s. et références citées). Dans le cas d'espèce, l'autorité de céans examine le calcul et le suivi des DC de l'énergie jusqu'en 2020, y compris d'éventuelles corrections des revenus et des coûts imputables effectifs, d'une part, et la rémunération des excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 à partir de l'année tarifaire 2016, d'autre part. Comme les DC 2009 et 2010 ont déjà été déterminées par l'autorité de céans dans sa décision partielle 211-00004 du 15 décembre 2016 (pièce 1), il y a lieu de retenir que les faits dont les conséquences juridiques sont en cause sont ceux dont les coûts et tarifs sont impactés par le suivi des DC, soit entre 2016 et 2020, ce qui, en d'autres termes, correspond aux années corrigées.
- 37 Or, il n'existe pas de disposition transitoire réglant la question du droit intertemporel en matière de vérification des tarifs. A noter toutefois que tant l'article 6 LApEI que l'article 4, alinéa 1 OApEI sont, pour l'essentiel, en vigueur depuis l'entrée en vigueur de la législation sur l'approvisionnement en électricité. Ainsi, les principales bases juridiques pertinentes pour la présente procédure n'ont pas changé significativement.

- 38 La modification ultérieure apportée à l'article 6, alinéa 4 LApEI, et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, est d'ordre mineure. Elle n'apporte que la précision selon laquelle le fait que les consommateurs finaux captifs puissent, le cas échéant, injecter de l'énergie, ne doit pas être pris en compte dans la fixation de la composante concernant la fourniture d'énergie. Il en va de même de la modification apportée à l'article 6, alinéa 5 LApEI qui est entrée en vigueur en juin 2019. Elle n'apporte en effet quant à elle qu'un ajout selon lequel les GRD sont tenus de répercuter proportionnellement sur les consommateurs captifs le bénéfice qu'ils tirent du libre accès au réseau, *au besoin au moyen d'adaptations des tarifs les années suivantes*. Elle limite également dans le temps ces répercussions du bénéfice (art. 6, al. 5, *i. f.*). Les modifications apportées à l'article 15 LApEI sont également entrées en vigueur en juin 2019 et ne s'appliquent pas à la présente procédure dans la mesure où elles concernent les mesures novatrices pour des réseaux intelligents. Ces points de détail ne sont pas pertinents en l'espèce. Par ailleurs, comme la destinataire de la décision n'a pas opté pour une imputation des coûts de revient de l'électricité indigène issue d'énergies renouvelables sur la base de l'article 6, alinéa 5bis LApEI, il n'y a pas lieu d'analyser si cette dernière disposition était ou non déjà applicable aux coûts et tarifs faisant l'objet de la présente procédure. Enfin, l'article 12 LApEI n'a pas subi de modifications et les articles 21 et 22 LApEI n'ont pas fait l'objet de modifications significatives applicables dans le cadre de la présente procédure.
- 39 Il y a encore lieu de préciser ce qui suit à propos des dispositions de l'OApEI appliquées dans le cadre de la présente procédure. Premièrement, l'article 2 OApEI n'a pas subi de modifications significatives ayant des implications dans le cadre de la présente procédure. Quant aux modifications apportées aux articles 4, alinéa 1 et 13, alinéa 3bis OApEI, elles sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 2013. Elles sont ainsi antérieures à 2016 et sont donc pleinement applicables aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause. En outre, la modification ultérieure à l'article 7 OApEI est sans pertinence en l'espèce. Quant aux articles 10, 11 et 19 OApEI, ils n'ont pas changé depuis leur entrée en vigueur.
- 40 Ainsi, en ce qui concerne le droit de fond et en raison du fait que les dispositions appliquées dans le cadre de la présente procédure ne présentent pas de modifications significatives ayant des implications dans le cadre de la présente procédure pour la période sous revue, soit entre 2016 et 2020, l'autorité de régulation applique la LApEI dans sa version au 1^{er} juin 2015 (LApEI [2015]) et l'OApEI dans sa version au 1^{er} janvier 2016 (OApEI [2016]), alors en vigueur lors de la première année impactée par le suivi des DC.
- 41 Ensuite, les nouvelles règles de procédure s'appliquent dès leur entrée en vigueur à toutes les causes qui sont encore pendantes, à moins que les principes structurant l'organisation du nouveau régime soient fondamentalement différents de l'ancien (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, ch. 2.4.2.3, p. 186 et BOVAY BENOÎT, *Procédure administrative*, 2^e édition, Berne 2015, p. 249 ; cf. également TAF, arrêt du 21 décembre 2016, A-6840/2015, consid. 3.1.2). En matière de procédure, l'autorité de régulation applique donc le droit actuellement en vigueur (TAF, arrêt du 21 décembre 2016, A-6840/2015, consid. 3.1.2 ; ECom, décision 211-00301 du 7 décembre 2021, consid. 5, ch. marg. 53 p. 13 et références citées).

5 Pas de prescription de l'exercice comptable 2016 de la destinataire de la décision

5.1 Délai de prescription de cinq ans

- 42 Il découle de l'article 22, alinéa 2, lettre b LApEI que l'autorité de céans peut procéder à une correction *ex post* des tarifs. Cependant, 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 [04.083 ; ci-après : MCF] ne précise pas ce que cela signifie en termes de délai. Ni la LApEI, ni l'OApEI, ne précisent à partir de quand l'autorité de céans ne peut plus intervenir après coup (*ex post*) et ordonner des adaptations (cf. TF, arrêt 2C_109/2020, 2C_115/2020 du 7 octobre 2020, consid. 4.3.3). 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. 128, 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 pour ce type de redevances périodiques (cf. ECom, décision 211-00301 du 7 décembre 2021, consid. 7.4, sp. ch. marg. 77, pp. 17 s. et références citées).
- 43 Ainsi, tout comme la destinataire de la décision qui ne le conteste pas (pièce 28), l'autorité de céans retient un délai de prescription de cinq ans.

5.2 *Dies a quo* et échéance du délai de prescription

- 44 Dans son courrier du 18 novembre 2021 (pièce 22), la destinataire de la décision a soulevé la question de la prescription de l'année 2016. Pour elle en effet, le délai de prescription pour une année tarifaire donnée commence à courir (*dies a quo*) au 1^{er} septembre de l'année précédente (c'est-à-dire, au jour suivant la date butoir à laquelle les gestionnaires de réseau doivent transmettre leurs tarifs pour l'année tarifaire en question). Ainsi, le délai de prescription pour l'année 2016 aurait commencé à courir au 1^{er} septembre 2015 et serait donc arrivé à échéance le 1^{er} septembre 2020. A l'appui de ses conclusions, la destinataire de la décision se prévaut de la Newsletter 8/2016 de l'autorité de céans du 25 août 2016.
- 45 Dans sa prise de position du 6 mai 2022 (pièce 28), la destinataire de la décision convient que la Newsletter 8/2016 ne mentionne pas expressément une date en tant que *dies a quo*, mais soutient que les explications qu'elle contient la fixe indirectement. Elle reprend son argumentation et soutient qu'en constatant en août 2016 que l'année 2017 n'était plus à corriger, l'autorité de céans ne se basait pas sur une approche similaire à l'année fiscale (année civile), mais déclarait que l'année tarifaire allait de fin août/début septembre (d'une année tarifaire déterminée) à fin août/début septembre (de l'année suivante). En conséquence, cinq ans après le 1^{er} septembre 2015, soit le 1^{er} septembre 2020, l'année 2016 devait être prescrite.
- 46 L'on ne voit pas sur quoi repose l'interprétation que la destinataire de la décision fait de la Newsletter 8/2016 selon laquelle l'autorité de céans reconnaît une prescription fondée sur l'année s'écoulant du 1^{er} septembre d'une année à l'autre. Si cette Newsletter retient bien un délai de prescription de cinq ans basé sur l'article 128 CO, force est par contre de constater que, contrairement à ce que laisse sous-entendre la destinataire de la décision, elle ne se prononce pas sur le moment à partir duquel ce délai court (*dies a quo*).
- 47 Il convient de distinguer l'exercice comptable, d'une part, de l'année tarifaire, d'autre part. Selon l'article 7, alinéa 1 OApEI, les gestionnaires et les propriétaires de réseau de distribution et de réseau de transport peuvent fixer eux-mêmes les dates de l'exercice ; celui-ci peut par exemple correspondre à l'année civile (1^{er} janvier au 31 décembre) ou à l'année hydrologique (1^{er} octobre au 30 septembre).

- 48 L'*exercice comptable* sert de base au calcul des tarifs et au calcul des DC : les tarifs de l'année T sont calculés sur la base des valeurs effectives du dernier exercice bouclé (année de base ; T-2), qui précède la période de calcul correspondante – complétées éventuellement par des valeurs prévisionnelles en vue d'une planification prévisionnelle. Les DC sont quant à elles calculées pour chaque exercice comptable bouclé. Le calcul est effectué à la fin de l'exercice pour douze mois, en comparant les coûts effectifs aux revenus effectifs de l'exercice considéré (cf. directive 1/2012 ainsi que formulaire 5.1 « différence de couverture de l'énergie » ; ECom, décision 212-00282 du 18 août 2021, ch. marg. 67 et 103, pp. 16 et 23 et références citées). D'autre part, dans le cadre du calcul des intérêts annuels des valeurs patrimoniales nécessaires à l'exploitation des réseaux, on tient compte des valeurs résiduelles des installations existantes qui résultent des amortissements au sens de l'article 13, alinéa 2 OApEI [2016] à la fin de l'exercice (cf. art. 13, al. 3, let. a, ch. 1, OApEI [2016]). C'est la raison pour laquelle le délai de prescription commence à courir au début de l'exercice comptable suivant.
- 49 En l'espèce, l'exercice comptable de la destinataire de la décision se calque sur l'année civile.
- 50 L'*année tarifaire*, en revanche, s'étend du 1^{er} janvier au 31 décembre d'une année et désigne la période pendant laquelle un tarif publié est appliqué (cf. à ce sujet implicitement l'art 11, al. 2, OApEI). L'année tarifaire et l'exercice comptable peuvent donc être distincts l'un de l'autre. Les allégations de la destinataire de la décision selon lesquelles l'ECom aurait déclaré dans sa newsletter 8/2016 que l'année tarifaire allait de fin août/début septembre (d'une année tarifaire déterminée) à fin août/début septembre (de l'année suivante) ne sont donc pas correctes. Le droit de l'approvisionnement en électricité (art. 11, al. 2, OApEI) ainsi que la pratique y relative prévoient que l'année tarifaire se calque sur l'année civile, du 1^{er} janvier au 31 décembre (cf. ECom, décision 211-00033 du 20 août 2020, ch. marg. 175 ss, p. 38 et Guide d'utilisation du fichier de comptabilité analytique des tarifs 2023, ch. 1.2.2, pp. 9 s., consulté le 1^{er} septembre 2022, téléchargeable sur www.elcom.admin.ch → Thèmes → Prix de l'électricité → EDES – Nouveau système de livraison de données de l'ECom).
- 51 Le régime de la prescription applicable aux adaptations rétroactives de la comptabilité analytique des GRD est bien expliqué dans la directive 1/2020 de l'ECom du 20 février 2020 portant sur la comptabilité analytique (calcul des coûts) : présentation et adaptation rétroactive (ci-après : directive 1/2020 ; téléchargeable sur www.elcom.admin.ch → Documentation → Directives, consulté le 23 août 2022). Celle-ci précise en effet en page 2, sous l'exemple de bouclage annuel avec année civile, que : « étant donné que le délai de 5 ans commence le jour suivant la clôture de l'exercice 2013, soit le 1^{er} janvier 2014, et se termine le 31 décembre 2018 [...] » (cf. également ST ECom, Séance d'information pour gestionnaires de réseau 2022, diapositive 14, téléchargeable sur www.elcom.admin.ch → Documentation → Manifestations → Séances d'information pour gestionnaires de réseau, consulté le 23 août 2022).
- 52 La Newsletter 8/2016 a été publiée le 25 août 2016. Elle porte notamment sur la question de la mise en œuvre d'un arrêt du TF (TF, arrêt 2C_681/2015, 2C_682/2015 du 20 juillet 2016). Comme cet arrêt a été rendu à une date très proche de celle retenue par la législation pour la publication des tarifs, à savoir le 31 août (art. 12, al. 1 LApEI en lien avec art. 10, OApEI), l'autorité de céans, consciente qu'en août 2016 les tarifs 2017 étaient déjà calculés et fixés par de nombreux GRD, n'a pas exigé la mise en œuvre de l'arrêt du TF directement dans la comptabilité analytique pour l'année tarifaire 2017, mais dans celle pour l'année tarifaire suivante, soit 2018. La mise en œuvre de l'arrêt du TF pour l'année tarifaire 2017 devait toutefois se faire au moyen du mécanisme des différences de couverture dans le cadre du calcul des tarifs (comptabilité analytique) 2019. C'est dans ce contexte que l'autorité de céans a expressément précisé qu'elle exigeait une correction dans le passé jusqu'à l'année tarifaire 2013 : le calcul des coûts pour l'année tarifaire 2013 se base sur les coûts effectifs de l'exercice comptable 2011. Le délai de prescription de cinq ans pour l'exercice comptable 2011 commence ainsi à courir le 1^{er} janvier 2012 et échoit le 31 décembre 2016. Ainsi, au moment de la Newsletter 8/2016, publiée le 25 août 2016, l'autorité de céans pouvait demander la correction jusqu'à l'année tarifaire 2013.

- 53 Ainsi, au vu de ce qui précède et contrairement à ce que soutient la destinataire de la décision, le délai de prescription a bel et bien commencé à courir au lendemain de la fin de l'exercice comptable 2016 de la destinataire de la décision, soit le 1^{er} janvier 2017.

5.3 Conclusion intermédiaire sur la prescription

- 54 Ainsi et en conclusion, force est de constater que l'exercice comptable 2016 de la destinataire de la décision – qui est la période pertinente sous l'angle de la prescription des tarifs – et qui correspond également à l'année civile 2016, a pris fin au 31 décembre 2016. Le délai de prescription a alors commencé à courir le lendemain, soit le 1^{er} janvier 2017. D'une durée de cinq ans, il est arrivé à échéance à fin 2021. La procédure ayant été ouverte le 20 juillet 2021 (pièce 13), la prescription n'est pas acquise et l'année 2016 fait donc bien partie de la présente procédure.

6 Bases légales et directive 2/2019 de l'ECom

- 55 Conformément à l'article 6, alinéa 1 LApEI, les tarifs de l'électricité doivent être « équitables » pour les consommateurs captifs et les autres consommateurs finaux qui ne font pas usage de leur droit d'accès au réseau. Sont qualifiés de consommateurs finaux avec approvisionnement de base au sens de l'article 2, alinéa 1, lettre f, OApEI, les consommateurs finaux captifs (ménages et autres consommateurs finaux qui consomment annuellement moins de 100 MWh par site de consommation ; art. 6, al. 2, LApEI) ainsi que les consommateurs finaux qui renoncent à l'accès au réseau (cf. art. 6, al. 1, LApEI).
- 56 Les tarifs doivent présenter séparément l'utilisation du réseau, la fourniture d'énergie, les redevances et les prestations fournies à des collectivités publiques (art. 6, al. 3, *i. f.*, LApEI). Selon l'article 6, alinéa 4, 2^e phrase LApEI [2015], le gestionnaire du réseau doit tenir une comptabilité par unité d'imputation pour la composante concernant la fourniture d'énergie. Celle-ci doit notamment répondre aux exigences de l'article 7 OApEI. Par ailleurs, il a l'obligation de répercuter proportionnellement sur les consommateurs avec approvisionnement de base le bénéfice qu'il tire du libre accès au réseau (art. 6, al. 5, LApEI [2015]), c'est-à-dire les bénéfices qu'il tire des achats d'énergie sur le marché (cf. ECom, décision 211-00301 du 7 décembre 2021, consid. 6, ch. marg. 55, p. 13, consid. 10.1.1, ch. marg. 107, p. 24 et références citées ; WEBER ROLF H./KRATZ BRIGITTA, *Stromversorgungsrecht*, Berne 2009, §3, ch. marg. 21 ss ; ECom).
- 57 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 (art. 4, al. 1, OApEI [2016]). Les coûts d'approvisionnement imputables englobent les coûts d'exploitation et les coûts de capitaux d'une production performante et efficace, les achats d'énergie des contrats d'achats à long terme assimilés aux coûts de production (cf. également la directive 2/2018 de l'ECom des 10 avril 2018 et 14 mai 2019 concernant les coûts de production et contrats d'achat à long terme selon l'article 4, alinéa 1, de l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité [directive 2/2018] qui a remplacé la directive 3/2012 de l'ECom du 14 mai 2012 portant sur le même objet et ayant sensiblement la même teneur [directive 3/2012 ; toutes deux téléchargeables sur www.elcom.admin.ch → Documentation → Directives, respectivement → Directives abrogées, consulté le 23 août 2022]), les achats d'énergie des contrats d'achat à court terme conclus par les GRD ainsi que les coûts administratifs et les coûts de vente de l'énergie (ATF 142 II 451, consid. 5.2.7.3).

- 58 Selon l'article 19, alinéa 1, 1^{ère} phrase OApEI, l'EICom 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. Conformément à l'article 19, alinéa 2 OApEI, 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. La notion d'efficacité est ainsi directement ancrée dans la législation sur l'approvisionnement en électricité (cf. également art. 8 et 15 LApEI [2015] ; EICom, décision 211-00301 du 7 décembre 2021, consid. 6, ch. marg. 57, p. 13 et références citées). De manière analogue, les découverts de couverture peuvent également être compensés les années suivantes (cf. directive 2/2019, ch. 1, p. 1).
- 59 L'autorité de céans a concrétisé ces critères dans la directive 2/2019, annexes comprises (formulaire de différence de couverture), qui a remplacé la directive 1/2012, annexes comprises, et dont la teneur est similaire. Dans le cadre de la prise en considération des DC des années précédentes, les différences entre les coûts imputables et les revenus réalisés pendant une période de calcul sont compensées. Il est notamment tenu compte des différences qui :
- a) résultent d'écarts entre les quantités de vente prévisionnelles et les quantités effectives,
 - b) résultent d'écarts entre les coûts prévisionnels et les coûts réels,
 - c) ont été constatées lors d'un contrôle réalisé par l'EICom ou
 - d) résultent du fait que des éléments spéciaux ayant une influence sur les coûts n'ont pas été saisis en totalité lors d'une période de calcul, afin de stabiliser les tarifs.
- 60 Le calcul des DC doit être effectué lors de chaque exercice comptable. La prise en compte du solde à reporter provenant d'un exercice donné intervient, dans le cadre du calcul des coûts, deux ans après cet exercice. Les DC doivent être établies sur la base de la version actuelle des formulaires mentionnés en annexe ou du fichier de calcul des coûts (comptabilité analytique). La règle veut que les montants importants soient répartis sur trois périodes de calcul consécutives.
- 61 Les soldes des DC ressortant des formulaires doivent se voir appliquer le taux d'intérêt correspondant au coût moyen pondéré du capital investi (WACC du réseau) en vigueur. Ce faisant, les découverts de couverture (soldes négatifs) peuvent être au maximum rémunérés au taux de WACC, alors qu'en cas d'excédents de couverture (soldes positifs), le WACC doit être considéré comme le taux minimum à utiliser. Le DETEC fixe le WACC chaque année conformément à l'article 13, alinéa 3^{bis} OApEI [2016]. Le taux d'intérêt déterminant pour les DC du réseau et de l'énergie est le WACC de l'année tarifaire suivante (T+2), par exemple, la DC de l'année 2020 (T) est calculée en 2021 (T+1) et rémunérée avec le WACC de l'année suivante, soit 2022 (T+2).
- 62 La directive 2/2019 possède deux annexes, intitulées « Formulaire DN_2 » et « Formulaire DE_2 » revêtant la forme d'un unique fichier Excel. Celles-ci font parties intégrantes de la directive dans laquelle elles sont par ailleurs expressément mentionnées comme annexe. Elles doivent ainsi être considérées comme intégrées à la directive 2/2019. Tel était déjà le cas pour la directive 1/2012.

7 Calcul et suivi des différences de couverture de l'énergie

7.1 Calcul des différences de couverture de l'énergie de l'approvisionnement de base

7.1.1 Données transmises

- 63 Pour ses investigations, l'autorité de céans a utilisé, outre les données transmises par la destinataire de la décision dans le cadre de la présente procédure, les fichiers de comptabilité analytique des tarifs 2013 à 2017 (DC 2011 à 2015) de la destinataire de la décision dans leurs versions des 02.04.2013, 21.01.2014, 29.01.2015, 18.01.2016 et 15.12.2016 (pièce 24).
- 64 En date du 18 novembre 2021 (pièce 22), la destinataire de la décision a transmis au ST ECom un fichier Excel contenant les données des DC de l'énergie 2016 à 2020, notamment le calcul des DC de l'approvisionnement de base corrigées selon les adaptations ordonnées dans la décision partielle de l'autorité de céans 211-00004 (onglet « SiL calcul DC Energie »). Des explications concernant les corrections effectuées ont été remises en complément (onglet « Description des corrections »).

	2016	2017	2018	2019	2020
Chiffre d'affaires de la fourniture d'énergie (sans pertes réseau), appro base					
Autres produits et revenus, appro base					
Revenus totaux de l'énergie, appro base					
Production propre, appro base					
- dont énergies renouvelables (selon art. 6, al. 5bis LApEI)					
- dont grandes installations hydroélectriques (selon art. 31 LEne)					
Achat (y c. énergie d'ajustement), sans attestations d'origine, appro base					
- dont énergies renouvelables (selon art. 6, al. 5bis LApEI)					
Achat attestations d'origine, appro base					
Coûts d'approvisionnement totaux sans pertes réseau, appro base					
Coûts de gestion (bénéfice inclus), appro base					
Affectation des différences de couverture					
Total des coûts (y compris bénéfice "régulateur")					
Différence de couverture de l'énergie de la destinataire de la décision (excédent de couverture + / découvert de couverture -)					

Tableau 1 Calcul des DC de l'énergie de l'approvisionnement de base selon la destinataire de la décision

Ces données corrigées par la destinataire de la décision ont été plausibilisées par l'autorité de céans, notamment les coûts de production et les coûts de gestions (bénéfice inclus), et le respect de la règle dite des 95/75 francs a été vérifié (cf. ECom, directive 5/2018 du 5 juillet 2018 portant sur la règle dite des 75 francs : nouvelles valeurs limites dans l'évaluation des coûts et bénéfices appropriés pour la fourniture d'énergie dans l'approvisionnement de base à partir du 1^{er} janvier 2020, téléchargeable sur www.elcom.admin.ch → Documentation → Directives abrogées, consulté le 1^{er} septembre 2022). Les données transmises ne présentent pas d'anomalies.

7.1.2 Synthèse du calcul des différences de couverture de l'énergie de l'approvisionnement de base

65 Il résulte du calcul des DC de l'énergie 2016 à 2020 de l'approvisionnement de base de la destinataire de la décision, plausibilisés et/ou vérifiés par l'autorité de céans, les résultats suivants (cf. Tableau 1) :

- [...] 2016 :	[...] francs
- [...] 2017 :	[...] francs
- [...] 2018 :	[...] francs
- [...] 2019 :	[...] francs
- [...] 2020 :	[...] francs

7.2 Suivi des différences de couverture

7.2.1 Données transmises

66 Dans le même fichier transmis le 18 novembre 2021 (pièce 22), la destinataire de la décision présente sous l'onglet « SiL suivi DC Energie » (Tableau 2) les données de suivi des DC de l'énergie 2016 à 2020 pour l'approvisionnement de base.

Dest. décision	Année de calcul de la DC = T	Report du solde	Différence de couverture de l'année en cours (+ excédent / - découvert)	Solde total	Taux d'intérêt effectif	Intérêts théoriques	Solde total, intérêts inclus	Imputés aux tarifs T+1	Report sur l'année suivante
		2011			3.83%				
		2012			4.70%				
		2013			4.70%				
		2014			4.70%				
		2015			3.83%				
CA 2018		2016			3.83%				
CA 2019		2017			3.83%				
CA 2020		2018			3.83%				
CA 2021		2019			3.83%				
CA 2022		2020			3.83%				

CA 20XX correspond au fichier de comptabilité analytique pour les tarifs 20XX

Tableau 2 Suivi des DC de l'énergie de l'approvisionnement de base selon la destinataire de la décision

67 Le montant déclaré à la dernière colonne du Tableau 2 « Report sur l'année suivante » de [...] francs ([...]) en 2015, correspondant au solde du fonds de DC au 1^{er} janvier 2016 (colonne « Report du solde »), n'est pas explicité par la destinataire de la décision et ne correspond pas au montant calculé par l'autorité de céans. Les corrections appliquées sont décrites au considérant 7.2.2 ci-dessous.

7.2.2 Corrections de l'EiCom

- 68 Pour déterminer le solde du fonds de DC de l'énergie de l'approvisionnement de base au 1^{er} janvier 2016, l'autorité de céans se base sur les DC 2011 à 2015 déclarées (cf. Tableau 3) ainsi que sur les montants de DC pris en compte dans les tarifs T+1 (cf. Tableau 4) par la destinataire de la décision, dans ses fichiers de comptabilité analytique pour les tarifs 2013 à 2017 (cf. ch. marg. 63), transmis sur le portail des gestionnaires de réseau de l'EiCom (et versé au dossier de la cause sous pièce 24). Les données du Tableau 4 ont en outre été vérifiées dans les fichiers de comptabilité analytique des tarifs 2014 à 2018 (formulaires 5.1, DC 2012 à 2016, position « Différence de couverture des années précédentes »).
- 69 Les DC de l'énergie de l'approvisionnement de base 2011 à 2015 déclarées par la destinataire de la décision dans les formulaires 5.1 « différences de couverture de l'énergie » des fichiers de comptabilité analytique des tarifs 2013 à 2017 (DC 2011 à 2015), se présentent comme suit (Tableau 3) :

	2011	2012	2013	2014	2015
Différence de couverture de l'énergie de la destinataire de la décision (excédent de couverture + / découvert de couverture -)					

Tableau 3 DC de l'énergie de l'approvisionnement de base 2011 à 2015 déclarées dans les fichiers de comptabilité analytique de la destinataire de la décision (tarifs 2013 à 2017, formulaires 5.1)

- 70 De même, les montants de DC de l'énergie de l'approvisionnement de base pris en compte dans les tarifs T+1 et déclarés par la destinataire de la décision dans les formulaires 5.1 « différences de couverture de l'énergie » des fichiers de comptabilité analytique des tarifs 2013 à 2017 (DC 2011 à 2015), puis vérifiés dans les formulaires 5.1 des fichiers de comptabilité analytique des tarifs 2014 à 2018 (DC 2012 à 2016) à la position « Différence de couverture des années précédentes », se présentent comme suit (Tableau 4) :

Année de calcul de la DC (T)	2011	2012	2013	2014	2015
Prise en compte dans les tarifs T+1 (colonne "imputés aux tarifs T+1")					

Tableau 4 Montants de DC de l'énergie de l'approvisionnement de base effectivement pris en compte dans les tarifs T+1 selon fichiers de comptabilité analytique des tarifs 2014 à 2018 (formulaires 5.1, DC 2012 à 2016, position « Différence de couverture des années précédentes »)

- 71 Ainsi, compte tenu des DC de l'énergie 2011 à 2015 présentées dans le Tableau 3 ci-dessus, ainsi que des montants de DC de l'énergie effectivement pris en compte dans les tarifs T+1 et indiqués dans le Tableau 4 ci-dessus, le solde du fonds de DC de l'énergie de la destinataire de la décision au 1^{er} janvier 2016, calculé par l'autorité de céans dans le Tableau 5 ci-dessous, se monte à [...] francs, soit un [...] francs supplémentaire par rapport à la version déclarée à tort par la destinataire de la décision (cf. Tableau 2).

Dest. décision	Année de calcul de la DC = T	Report du solde	Différence de couverture de l'année en cours (+ excédent / - découvert)	Solde total	Taux d'intérêt effectif (T+2)	Intérêts théoriques	Solde total, intérêts inclus	Imputés aux tarifs T+1	Report sur l'année suivante
CA 2013	2011				3.83%				
CA 2014	2012				4.70%				
CA 2015	2013				4.70%				
CA 2016	2014				4.70%				
CA 2017	2015				3.83%				
CA 2018	2016				3.83%				
CA 2019	2017				3.83%				
CA 2020	2018				3.83%				
CA 2021	2019				3.83%				
CA 2022	2020				3.83%				

CA 20XX correspond au fichier de comptabilité analytique pour les tarifs 20XX

Tableau 5 Suivi des DC de l'énergie de l'approvisionnement de base selon l'autorité de céans

72 Pour les années 2016 à 2020, les DC de l'énergie de l'approvisionnement de base corrigées et déclarées par la destinataire de la décision dans le Tableau 1, de même que les montants de DC de l'énergie pris en compte par la destinataire de la décision dans les tarifs T+1 et déclarés dans le Tableau 2 sont repris tels quels par l'autorité de céans (cf. Tableau 5, colonnes « Différence de couverture de l'année en cours (+ excédent / - découvert) » et « Imputés aux tarifs T+1 »).

7.2.3 Synthèse du suivi des différences de couverture de l'énergie de l'approvisionnement de base

73 Comme le montre le Tableau 5 ci-dessus, le solde du fonds de DC de la destinataire de la décision en 2020 s'élève, avant prise en compte du montant imputé aux tarifs T+1 (2021), à [...] francs (excédent de couverture). Ce montant correspond au calcul et au suivi des DC des années 2011 à 2020 et ne tient pas compte des DC 2009 et 2010 traitées au chapitre 74 ci-dessous (cf. Tableau 6). Dans sa prise de position (pièce 28), la destinataire de la décision a pris acte des explications, des chiffres, et des corrections du ST EICOM en précisant certes que cela ne constituait pas une acceptation tacite, mais en ajoutant également qu'elle ne souhaitait pas à ce stade contester lesdites corrections.

8 Prise en compte de la rémunération des excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 à partir de l'année 2016

8.1 Autorité de chose jugée (*res judicata*)

- 75 La destinataire de la décision estime que la question de savoir si les soldes des DC 2009 et 2010 doivent ou non se voir appliquer le taux d'intérêt correspondant au WACC en vigueur a déjà été tranchée par le TF. Cette question revêtirait donc l'autorité de la chose jugée (*res judicata*) et ne serait donc plus susceptible d'être revue par l'autorité de céans. Pour elle ainsi, aucun intérêt n'ayant été fixé dans le dispositif de la décision de l'autorité de céans (ECom, décision partielle 211-00004 du 15 décembre 2016 ; pièce 1) puis dans l'arrêt du TAF (TAF, arrêt A-699/2017 du 26 août 2019 ; pièce 2) et ceux-ci ayant été confirmé par le TF (TF, arrêt 2C_828/2019 du 16 juillet 2020 ; pièce 3), et ce même dans le cadre de deux procédures en révision (TF, arrêts 2F_20/2020 et 2F_21/2020 du 15 octobre 2020 ; pièce 4), aucun intérêt ne serait dû et l'autorité de chose jugée ferait obstacle à une nouvelle décision de l'autorité de céans sur ce point (cf. pièce 12).
- 76 Dans sa prise de position du 6 mai 2022 (pièce 28), la destinataire de la décision argue que l'autorité de céans ne présenterait pas de véritable argumentation juridique, mais baserait sa position sur sa simple pratique quand bien même une pratique exprimée dans une directive ne peut fonder des droits et obligations d'un administré. Elle soulève que, en tenant compte des procédures en révision, le TF s'est déjà prononcé à deux reprises sur cette question. Il n'y aurait dès lors pas lieu de réexaminer à nouveau cette question des intérêts dans le cadre de la présente procédure, celle-ci devant être considérée comme tranchée et donc être mise au bénéfice de la force de chose jugée.
- 77 La notion de force matérielle (« *materielle Rechtskraft* ») se rapporte à la question de savoir si l'autorité qui a rendu une décision peut encore la modifier elle-même (« *Abänderbarkeit* »). Une fois entré en force matérielle, un jugement (civil ou pénal) ne peut en effet plus être modifié à l'issue d'une nouvelle procédure donnant lieu à un nouveau jugement portant sur le même état de fait appréhendé dans le même contexte juridique. Pour que tel puisse être le cas, l'autorité de chose jugée du premier jugement doit préalablement avoir été abolie par le biais d'une révision (DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Bâle 2014, ci-après : DUBEY/ZUFFEREY, ch. marg. 981, p. 347). Les jugements rendus sur recours contre les décisions administratives n'ont pas pour objet de bien appliquer le droit objectif mais de s'assurer que tel a bien été le cas. Ainsi, ils entrent en force matérielle de chose jugée quand bien même ils tranchent une question de droit administratif, à l'instar des jugements civils et pénaux (DUBEY/ZUFFEREY, ch. marg. 985, p. 348). Selon la jurisprudence du TF, lorsqu'une juridiction administrative a statué matériellement sur le recours, l'autorité de la chose jugée attachée à son arrêt empêche le réexamen de la décision attaquée, à tout le moins pour des *pseudo nova* ; il faut excepter les questions d'appréciation soustraites à la cognition de la juridiction de recours qui n'acquièrent pas autorité de la chose jugée (BOVAY, note 2593, p. 681). Ainsi, l'autorité de recours qui rend un jugement ne saurait dès lors contrôler deux fois la même décision : c'est l'autorité matérielle de chose jugée (*res judicata, materielle Rechtskraft*) (BOVAY, p. 389). Les points tranchés sur recours ou par une juridiction ne pourront être revus, en ce qui concerne les mêmes parties, les mêmes faits et les mêmes conclusions, que si des motifs de révision sont présents. A cet égard, il faut souligner que l'autorité de chose jugée ne se rapporte qu'aux points effectivement tranchés par l'autorité de recours ; il y aura donc lieu de se référer aux motifs de sa décision pour définir la portée de l'autorité de la chose jugée (TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, 2^e édition, Genève, Zurich, Bâle 2018, ch. marg. 869, p. 308 et références citées).

78 Comme cela a déjà été présenté par courrier du 20 mai 2021 (pièce 9), l'obligation de rémunérer les excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 à partir de l'année 2016 repose sur l'interprétation que l'autorité de céans fait de sa directive 2/2019 (y c. les annexes qui y sont intégrées sous la forme d'un fichier Excel). Elle ne repose certes pas sur une décision au sens de l'article 5 PA, mais constitue toutefois l'expression de la pratique de l'autorité de céans en la matière. Dans son arrêt 2C_828/2019 du 16 juillet 2020 (pièce 3), le TF faisait en effet grief à l'autorité de céans de ne pas avoir expressément fait mention des intérêts dans sa décision partielle 211-00004 du 15 décembre 2016 (pièce 1) concernant la vérification des coûts et tarifs 2009 et 2010 de la fourniture d'énergie de la destinataire de la décision.

79 Dans son arrêt 2F_21/2020 du 15 octobre 2020 (pièce 4) portant sur la demande de révision du DETEC contre l'arrêt 2C_828/2019 du 16 juillet 2020 (pièce 3) relatif à la vérification des coûts et tarifs 2009 et 2010 de la fourniture d'énergie de la destinataire de la décision, le TF s'est d'ailleurs prononcé comme suit :

« Ce faisant, [le DETEC] perd néanmoins de vue que le Tribunal fédéral n'a jamais nié l'intention de l'ECom – également reconnue par le Tribunal administratif fédéral – d'imposer un intérêt sur les trop-perçus en matière de différence de couverture (cf. arrêt 2C_828/2019 consid. 3.3 et 9.1), mais qu'il a simplement retenu que cette volonté n'avait en l'espèce pas été signifiée avec suffisamment de clarté dans la décision du 15 décembre 2016 pour revêtir un effet juridique obligatoire. » (TF, arrêt 2F_21/2020 du 15 octobre 2020, consid. 2.3, p. 7).

Il poursuit plus loin :

« On notera qu'il incombait, quoi qu'il en soit, à l'ECom de régler avec clarté la question des intérêts – rémunératoire ou sur l'enrichissement – courant sur les excédents de couverture, d'autant qu'il s'agissait d'une problématique controversée en droit public (cf. notamment ATF 143 II 37 consid. 7 et 8 p. 51 ss) et que ses implications financières sont importantes, comme le DETEC le souligne lui-même dans sa demande de révision. » (TF, arrêt 2F_21/2020 du 15 octobre 2020, consid. 2.3, p. 8)

80 Il découle ainsi de ce qui précède que le TF ne s'est en fait pas prononcé sur la question de la perception d'un intérêt sur les trop-perçus en matière de DC. En effet, comme la perception d'une telle rémunération n'a pas été signifiée dans la décision de l'autorité de céans du 15 décembre 2016 (pièce 1), elle ne faisait pas l'objet des procédures 2C_828/2019 (pièce 3) et 2F_21/2020 (pièce 4). Le point de la perception d'un intérêt sur les trop-perçus en matière de DC n'a ainsi pas fait l'objet d'un arrêt du TF – ni même d'une décision de l'autorité de céans – pour les mêmes parties, les mêmes faits et les mêmes conclusions que ceux présents dans le cadre de la présente procédure. Il ne s'agit ainsi pas d'une *pseudo nova*. Force est donc de constater que cette question n'a pas encore été tranchée par le TF.

81 En ce sens donc, la question du paiement des intérêts sur les excédents de couverture ne revêt pas l'autorité de chose jugée (*res judicata*) et peut faire l'objet d'une nouvelle décision de l'autorité de céans.

82 L'on peut par ailleurs déduire de l'arrêt précité (TF, arrêt 2F_21/2020 du 15 octobre 2020 ; pièce 4) que l'autorité de céans aurait été en mesure de se prononcer sur la question des intérêts, mais que, ne l'ayant pas encore fait, les intérêts n'étaient pas dus en l'espèce du fait que sa volonté n'a pas été signifiée avec suffisamment de clarté dans la décision du 15 décembre 2016 pour revêtir un effet juridique obligatoire.

83 Ainsi, c'est principalement afin d'apporter la clarté exigée par le TF en matière de rémunération des excédents de couverture que l'autorité de céans a ouvert la présente procédure afin que la question de la perception des intérêts puisse être fixée dans le dispositif d'une décision formelle. Cette volonté sera ainsi signifiée à la destinataire de la décision avec suffisamment de clarté.

84 Dès lors, les intérêts sont dus, en tous cas sur les cinq dernières années, à savoir à partir de l'exercice comptable 2016 compris (cf. consid. 5 ci-dessus).

8.2 Calcul

85 Dans le cadre de la présente procédure, et comme mentionné au ch. marg. 61, l'autorité de céans entend faire appliquer aux excédents de couverture de l'énergie de l'approvisionnement de base 2009 et 2010 le taux d'intérêt correspondant au WACC en vigueur (T+2), conformément à sa directive 2/2019, annexes comprises, à partir de l'année 2016. Dans sa décision 211-00004 du 15 décembre 2016 (pièce 1), l'autorité de céans a fixé les excédents de couverture 2009 et 2010 à [...] francs (cf. Tableau 6, col. « Report du solde », année 2016).

86 L'autorité de céans ayant accédé à la demande de la destinataire de la décision (pièces 5 et 6) de rembourser ces excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 de l'approvisionnement de base sur une période de [...] ans, il était prévu que le premier remboursement intervienne dans les tarifs [...] (fichier de comptabilité analytique pour les tarifs [...] à remettre d'ici le 31 août [...]) et jusqu'en [...] (tarifs [...] à [...]).

87 A noter que selon le courriel de la destinataire de la décision du 24 mai 2022 (pièce 30), une première tranche de l'excédent de couverture de l'énergie de l'approvisionnement de base 2009 et 2010 de [...] francs a toutefois déjà été restituée dans le cadre des tarifs 2022. De même, il est prévu de restituer une deuxième tranche, de montant identique, dans le cadre du calcul des tarifs 2023. Ce remboursement n'impacte toutefois pas la présente décision.

88 Compte tenu des intérêts perçus sur les excédents de couverture de l'énergie de l'approvisionnement de base 2009 et 2010 de [...] francs à partir de l'année 2016, le solde total d'excédent de couverture, intérêts inclus, à rembourser se monte à fin 2020 à [...] francs (cf. Tableau 6) :

Dest. de la décision	Année de calcul de la DC = T	Report du solde	Différence de couverture de l'année	Solde total	Taux d'intérêt effectif (T+2)	Intérêts théoriques	Solde total, intérêts inclus	Imputés aux tarifs T+1	Report sur l'année suivante
CA 2018	2016								
CA 2019	2017								
CA 2020	2018								
CA 2021	2019								
CA 2022	2020								

CA 20XX correspond au fichier de comptabilité analytique pour les tarifs 20XX

Tableau 6 Solde de DC de l'énergie à rembourser à fin 2020 compte tenu de la rémunération des excédents de couverture de l'énergie de l'approvisionnement de base 2009 et 2010 à partir de l'année 2016 (colonne « Report sur l'année suivante »)

9 Emoluments

- 89 Pour ses décisions dans les domaines de l'approvisionnement en électricité, l'EiCom prélève des émoluments (art. 21, al. 5, LApEI, art. 13a, 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).
- 90 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.
- 91 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 en ne procédant pas correctement au calcul et au suivi des DC de l'énergie et à la prise en compte de la rémunération des excédents de couverture de l'énergie 2009 et 2010 à partir de l'année 2016 suite notamment à la décision de l'autorité de céans du 15 décembre 2016 en la cause 211-00004. Elle succombe par ailleurs 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.

III Dispositif

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

1. Le solde du fonds de différence de couverture de l'énergie de la Ville de Lausanne, Services industriels, s'élève au 1^{er} janvier 2016, avant prise en compte des excédents de couverture de l'énergie des années 2009 et 2010, à [...] francs ([...]).
2. Le solde du fonds de différence de couverture de l'énergie de la Ville de Lausanne, Services industriels, s'élève, à fin 2020, avant les prises en compte des excédents de couverture de l'énergie des années 2009 et 2010 et du montant imputé aux tarifs T+1 (2021), à [...] francs (excédent de couverture). Ce montant devra être rémunéré et remboursé aux consommateurs finaux, dans un délai de [...] ans à compter de l'entrée en force de la présente décision, au moyen des futurs tarifs de l'énergie conformément à l'article 19, alinéa 2 OApEI ainsi qu'à la directive 2/2019 de l'ECom du 5 mars 2019 relative aux différences de couverture du réseau et de l'énergie des années précédentes, annexes comprises. Le taux d'intérêt à appliquer au solde de différence de couverture doit correspondre au WACC du réseau de l'année tarifaire suivante (T+2).
3. Les excédents de couverture de l'énergie des années 2009 et 2010 de la Ville de Lausanne, Services industriels, doivent être rémunérés à partir de l'année 2016 avec le WACC du réseau de l'année tarifaire suivante (T+2).
4. Le solde du fonds de différence de couverture de l'énergie des années 2009 et 2010, intérêts inclus à partir de l'année 2016, de la Ville de Lausanne, Services industriels, s'élève, à fin 2020, à [...] francs (excédent de couverture). Ce montant devra être rémunéré et remboursé aux consommateurs finaux, dans un délai de [...] ans, au maximum, à compter de l'entrée en force de la présente décision, au moyen des futurs tarifs de l'énergie conformément à l'article 19, alinéa 2 OApEI ainsi qu'à la directive 2/2019 de l'ECom du 5 mars 2019 relative aux différences de couverture du réseau et de l'énergie des années précédentes, annexes comprises. Le taux d'intérêt à appliquer au solde de différence de couverture doit correspondre au WACC du réseau de l'année tarifaire suivante (T+2).
5. Les émoluments pour la présente procédure s'élèvent à [...] francs. Ils sont mis à la charge de la Ville de Lausanne, Services industriels. La facture sera envoyée après l'entrée en force de la présente décision.
6. La présente décision est notifiée à la Ville de Lausanne, Services industriels, par lettre recommandée.

Berne, le 20 septembre 2022

Commission fédérale de l'électricité ECom

Werner Luginbühl
Président

Urs Meister
Directeur

Envoi :

à notifier par lettre recommandée à :

- Ville de Lausanne, Services industriels de Lausanne (SiL), Place Chauderon 23, 1003 Lausanne

pour information :

- Surveillance des prix (SPr), Einsteinstrasse 2, 3003 Berne

IV Indication des voies de recours

Il peut être formé recours contre la présente décision dans les 30 jours dès la notification. Le recours doit être adressé au Tribunal administratif fédéral, case postale, 9023 St-Gall (art. 50, PA ; art. 23, LApEI). Le délai ne court pas :

- a) du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement ;
- b) du 15 juillet au 15 août inclusivement ;
- c) du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (art. 22a, PA).

Le recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire. La décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent en mains du recourant, sont à joindre au recours (art. 52, al. 1, PA).