Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Cour I
A-699/2017

Arrêt du 26 août 2019

Composition

Jérôme Candrian (président du collège),
Christine Ackermann, Claudia Pasqualetto Péquignot, juges,
Johanna Hirsch-Sadik, greffière.

Parties

Ville de Lausanne,
Services industriels de Lausanne (SIL),
Place Chauderon 27, 1003 Lausanne,
représentée par Maître Jürg Borer,
Borer Rechtsanwälte AG,
recourante,

contre

Commission fédérale de l'électricité ElCom,
Christoffelgasse 5, 3003 Bern,
autorité inférieure.

Objet

Vérification des coûts et tarifs 2009 et 2010 de la fourniture d’énergie.

Faits :

A.

A.a En raison de nombreuses plaintes reçues, notamment de la Fédération des coopératives Migros et de l'Association des membres du groupement Valdem (Valdem), la Commission fédérale de l'électricité (l'ElCom) a ouvert, par lettre du 12 octobre 2009, une procédure à l'encontre des Services Industriels de la Ville de Lausanne (la Ville de Lausanne) pour vérifier d'office ses coûts et tarifs 2009 et 2010 pour l'utilisation du réseau de distribution et pour l'énergie (procédure 957-09-389).

A.b Par décision incidente du 13 septembre 2011, l'ElCom a reconnu la qualité de partie à la procédure à la Fédération des coopératives Migros et à Valdem et a étendu la procédure 957-09-389 à la vérification des tarifs de l'année 2008.

A.c Par arrêt du 7 juin 2013, le Tribunal administratif fédéral a admis au sens des considérants et dans la mesure de sa recevabilité, le recours du 19 octobre 2011 de la Ville de Lausanne contre la décision incidente de l'ElCom. Il a annulé la décision incidente attaquée dans la mesure où l'ElCom avait reconnu la qualité de parties à la Société coopérative Migros Vaud, représentée par la Fédération des coopératives Migros, et à Valdem (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5781/2011 du 7 juin 2013). Par courrier du 16 juillet 2013, l'ElCom a exclu la Société coopérative Migros Vaud, représentée par la Fédération des coopératives Migros, et Valdem comme parties à la procédure de vérification 957-09-389 de l'ElCom.

A.d Par courrier du 15 juillet 2014, l'ElCom a transmis à la Ville de Lausanne et à la Surveillance des prix un rapport de vérification des coûts et tarifs 2008, 2009 et 2010 de l'utilisation du réseau de distribution et de la fourniture d'énergie dans la procédure 211-00004 (anciennement 957-09-389), leur donnant la possibilité de se déterminer sur le résultat motivé de sa vérification des coûts imputables du réseau ainsi que des coûts imputables de l'énergie.

A.e Par lettre du 29 août 2014, la Surveillance des prix a indiqué qu'elle soutenait les diverses modifications apportées par le Secrétariat technique de l'ElCom aux chiffres fournis par la Ville de Lausanne. Elle a rappelé avoir déjà remarqué que les coûts de gestion bénéfice inclus devaient faire l'objet d'une pratique plus stricte. Selon elle, la médiane de 74 francs devrait être fixée comme limite supérieure acceptable et le montant de 95 francs, comprenant une marge de sécurité de 21 francs, devrait être abaissé pour les appréciations de tarifs à venir. La Surveillance des prix a

ajouté qu'elle comprenait néanmoins que, pour des raisons d'égalité de traitement, la valeur de 95 francs soit appliquée aux tarifs 2008 à 2010 de la Ville de Lausanne.

A.f Par lettre du 1er décembre 2014, la Ville de Lausanne a pris position sur le rapport de l'ElCom, requérant principalement que la procédure de vérification soit interrompue sans restriction et, subsidiairement, en cas de continuation de la procédure de vérification, que les corrections et positions contenues dans l'annexe A de sa prise de position soient prises en considération. Pour l'essentiel, elle fait valoir que, pour l'année de tarification 2008, la réglementation effectuée par l'ElCom dans son rapport de vérification viole les principes de l'égalité de traitement et de la non-rétroactivité. Pour les années de tarification 2008, 2009 et 2010, elle avance que la réglementation entreprise dans le rapport de vérification est dépourvue d'une base légale suffisante, est illégale et anticonstitutionnelle et que, même si elle devait être admissible, un remboursement sur la base du modèle des différences de couverture serait également dépourvu d'une base légale suffisante et anticonstitutionnel.

A.g Par décision partielle du 17 septembre 2015, l'ElCom a fixé les coûts d'exploitation et les coûts de capitaux imputables du réseau de la Ville de Lausanne pour les années tarifaires 2009 et 2010 et a statué que les excédents de couverture du réseau pour ces années tarifaires devront être remboursés aux consommateurs finaux conformément à sa Directive 1/2012 concernant les différences de couverture. Ensuite, elle a clos la procédure de vérification portant sur les coûts et tarifs du réseau de distribution et sur les coûts et tarifs de l'énergie de la Ville de Lausanne pour l'année tarifaire 2008. Finalement, elle a suspendu la procédure de vérification portant sur les coûts et tarifs de l'énergie de la Ville de Lausanne pour les années tarifaires 2009 et 2010, dans l'attente de l'arrêt du Tribunal fédéral suite au recours du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (le DETEC) contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1107/2013 du 3 juin 2015. Cette décision partielle n'a pas fait l'objet d'un recours de sorte qu'elle est entrée en force.

A.h Le 1er septembre 2016, suite à l'ATF 142 II 451, l'ElCom a repris la procédure concernant la vérification des coûts de l'énergie de la Ville de Lausanne pour les années tarifaires 2009 et 2010.

B.
Par décision du 15 décembre 2016, l'ElCom a rendu une décision partielle concernant la vérification des coûts et tarifs 2009 et 2010 de la fourniture

d'énergie de la zone de desserte de la Ville de Lausanne. Elle a fixé les coûts d'approvisionnement de l'énergie imputables destinés à l'approvisionnement de base de la Ville de Lausanne à (…) francs pour l'année tarifaire 2009 et à (…) francs pour l'année tarifaire 2010 et les coûts de gestion bénéfice inclus de l'énergie imputables destinés à l'approvisionnement de base de la Ville de Lausanne à (…) francs pour l'année tarifaire 2009 et à (…) francs pour l'année tarifaire 2010. En outre, elle a constaté que les excédents de couverture de l'énergie en approvisionnement de base de la Ville de Lausanne se montaient à (…) francs pour l'année tarifaire 2009 et à (…) francs pour l'année tarifaire 2010 et a décidé que ceux-ci devront être remboursés aux consommateurs finaux conformément à sa Directive 1/2012 concernant les différences de couverture. L'ElCom a précisé que la Ville de Lausanne devrait informer son Secrétariat technique du développement des différences de couverture de l'énergie en approvisionnement de base jusqu'au moment où les excédents de couverture déterminés seraient totalement éliminés. Finalement, elle a fixé les émoluments pour sa décision partielle à 88'530 francs et les a mis à la charge de la Ville de Lausanne.

L'ElCom précise que seuls les coûts effectifs doivent être considérés comme imputables et qu'elle s'est donc basée sur les données effectives de la Ville de Lausanne. Elle ajoute qu'elle a vérifié les tarifs 2009 sur la base des données 2009 et les tarifs 2010 sur la base des données 2010 et qu'elle a calculé les différences de couverture sur la base des données effectives recettes/produits et coûts/charges. Elle explique que la composante tarifaire due pour la fourniture d'énergie se fonde sur les coûts de l'approvisionnement en énergie (cf. consid. B.a) auxquels sont ajoutés les coûts relatifs à la fourniture d'énergie qu'elle désigne coûts de gestion (cf. consid. B.b).

B.a L'ElCom indique que les coûts de l'approvisionnement en énergie comprennent les coûts de production (cf. consid. B.a.a) et les coûts d'achat (cf. consid. B.a.b).

B.a.a Elle explique que les coûts de production sont imputables au prix de revient et englobent les coûts d'exploitation et les coûts de capitaux d'une production performante et efficace. L'ElCom soutient qu'un bénéfice approprié est intégré dans le weighted average cost of capital (le WACC ; le coût moyen pondéré du capital CMPC ; [production]) de 6.09% appliqué dans les années 2009 et 2010 sur les valeurs résiduelles des installations de production. Selon elle, basé sur le modèle cost-plus, le calcul des coûts de production au prix de revient ne doit pas tenir compte d'un bénéfice qui

dépasse la part de gain intégrée dans le WACC (production) en ce qui concerne les consommateurs en approvisionnement de base. L'ElCom explique qu'en 2009 et en 2010, la Ville de Lausanne a réalisé une marge sur la production propre de plus de (…) pour cent du prix de revient et que ces montants ne sont pas acceptables. Elle est d'avis que la prise en compte d'un bénéfice supplémentaire ne correspond pas à des coûts de production d'une exploitation efficace et aux principes régissant le calcul des coûts de production définis dans sa directive.

L'ElCom explique que les coûts d'exploitation se fondent sur les coûts effectifs des prestations directement liées à l'exploitation, notamment les coûts liés à l'achat d'énergie pour les besoins propres et à l'entretien des installations de production. Après un examen sommaire, elle accepte les montants des coûts d'exploitation imputables totaux des installations de production déclarés par la Ville de Lausanne pour 2009 et 2010.

Quant aux coûts de capitaux imputables des installations de production, l'ElCom précise qu'ils correspondent aux intérêts et amortissements théoriques calculés sur la base des coûts initiaux d'achat ou de construction des installations existantes nécessaires à la production. S'agissant des amortissements théoriques des installations de production, elle considère que l'amortissement linéaire implique un taux d'amortissement constant sur toute la durée de vie des installations. Partant, elle retient que le premier amortissement doit intervenir directement dans l'année de mise en service, correspondant le plus souvent à 50% de l'amortissement annuel usuel lorsque la date exacte de la mise en service n'est pas connue. L'ElCom accepte les intérêts théoriques sur les installations de production invoqués par la Ville de Lausanne. Par contre, elle n'accepte pas les intérêts théoriques sur le fonds de roulement net (FRN) (WACC production de 6.09%), calculés sur la base des coûts totaux de la production. L'ElCom explique qu'elle autorise la prise en compte d'un intérêt théorique sur le FRN du secteur énergie pour couvrir le besoin financier résultant des décalages des flux de trésorerie correspondant aux décaissements (dépenses) et aux encaissements (ventes) liés à l'activité de fourniture d'énergie. Toutefois, elle calcule ce dernier sur la base des coûts totaux de l'énergie pour l'approvisionnement de base, soit les coûts de production, les coûts d'achat ainsi que les coûts de gestion bénéfice inclus, auxquels est appliqué le taux de facturation annuel du gestionnaire de réseau. Le montant calculé est ensuite rémunéré au taux WACC de l'année considérée. Elle précise que, selon sa pratique, l'intérêt théorique sur le FRN du secteur énergie est pris en compte dans la règle des 95 francs et que, partant, elle

ne tient pas compte d'intérêts théoriques sur le FRN dans le secteur production.

Partant, elle retient des coûts de production imputables totaux des installations de production de la Ville de Lausanne de (…) francs en 2009 et de (…) en 2010. Compte tenu d'une production propre de (…) MWh en 2009 et de (…) MWh en 2010, elle arrête les coûts de production à (…) c./kWh en 2009 et à (…) c./kWh en 2010.

B.a.b Ensuite, l'ElCom explique que les coûts d'achat ne comprennent que les frais d'achat de l'énergie avec les éventuels frais d'achat externes. Selon elle, la méthode de calcul de l'intérêt sur le FRN se base sur les coûts totaux de l'énergie et l'intérêt sur le FRN est pris en compte dans la règle des 95 francs. Le besoin financier résultant des décalages entre les flux de trésorerie liés à l'activité de fourniture d'énergie est pris en compte et rémunéré mais ne vient pas grever les coûts d'achat (cf. consid. B.a.a). Partant, elle retient comme coûts d'achat imputables ceux invoqués par la Ville de Lausanne, soit (…) francs en 2009 et (…) en 2010, sans prendre en compte les intérêts sur le FRN des coûts d'achat. Compte tenu des achats en énergie, déduction faite des ventes et des pertes actives, de (…) MWh en 2009 et de (…) MWh en 2010, elle accepte des coûts d'achat de à (…) c./kWh en 2009 et de (…) c./kWh en 2010.

B.a.c Partant, l'ElCom retient des coûts de l'approvisionnement en énergie imputables totaux de (…) francs pour (…) MWh en 2009 et de (…) francs pour (…) MWh en 2010, et donc des coûts d'approvisionnement moyens de (…) c./kWh en 2009 et de (…) c./kWh en 2010.

En particulier, concernant les coûts de l'approvisionnement en énergie imputables pour l'approvisionnement de base, l'ElCom constate qu'en 2010, la Ville de Lausanne a livré (…) MWh d'énergie à ses consommateurs finaux en approvisionnement de base, soit (…)% de la fourniture totale d'énergie de (…) MWh, après déduction pour les pertes actives. Il en résulte des coûts imputables de (…) francs en 2010. Les informations détaillées sur les quantités vendues en 2009 n'étant plus disponibles, l'ElCom applique aux coûts d'approvisionnement totaux de 2009 le coefficient basé sur les quantités vendues en 2010 pour déterminer la part des coûts d'approvisionnement imputables à l'approvisionnement de base 2009, soit (…)%. Il en résulte des coûts imputables de (…) francs en 2009.

B.b Concernant les coûts de gestion bénéfice inclus, l'ElCom retient qu'un gestionnaire de réseau de distribution est en droit de réaliser un bénéfice

approprié sur la fourniture d'énergie. Le niveau du bénéfice approprié pour la distribution de l'énergie n'étant pas réglé dans la législation sur l'approvisionnement en électricité, elle explique qu'elle a examiné plusieurs possibilités. Selon elle, 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 prend en considération, à des fins de comparaison, les coûts de gestion bénéfice inclus par consommateur final, soit par destinataire de facture.

Pour déterminer les coûts de gestion types, elle précise qu'elle a calculé une médiane à partir des valeurs fournies pour l'année 2010 (premier relevé) par 51 grands gestionnaires de réseau, ayant présenté une comptabilité analytique portant sur les coûts de gestion et le bénéfice, et dont les coûts se situent entre 20 et 180 francs. L'ElCom en déduit que la médiane des coûts de gestion bénéfice inclus des grands gestionnaires de réseau en 2010 se monte à 74 francs par consommateur final. Compte tenu de la simplicité relative de la démarche, elle a relevé de 21 francs pour atteindre 95 francs par consommateur final le seuil employé comme valeur de référence. Elle indique que sur 51 gestionnaires de réseau de distribution (GRD) examinés, 32 d'entre eux atteignent ce seuil ou se situent en deçà et qu'en élargissant la comparaison à tous les GRD, y compris les petits, sur la base des données de la comptabilité analytique 2011, 85% des GRD sont en dessous de ce seuil. L'ElCom expose que les coûts de gestion bénéfice inclus en dessous de 95 francs n'ont pas été examinés plus avant et que ceux dépassant 150 francs ont été réduits à ce montant. Lorsque les coûts de gestion sont inférieurs à 95 francs mais que, bénéfice inclus, ils dépassent ce seuil, elle a abaissé la marge bénéficiaire de sorte que le total se monte à 95 francs. Lorsque le seuil de 95 francs est dépassé du seul fait des coûts de gestion, elle calcule le bénéfice par analogie au réseau. Elle vérifie les frais effectifs et les reconnaît dans la mesure où ils sont imputables, pour autant que le total des coûts et du bénéfice soit inférieur à 150 francs.

L'ElCom remarque que les coûts de gestion imputables totaux de l'énergie déclarés par la destinataire de la décision s'élèvent à (…) francs en 2009 et à (…) francs en 2010. Pour déterminer la part des coûts de gestion imputables à l'approvisionnement de base, elle admet le ratio de (…)% allégué par la Ville de Lausanne qui conduit à des coûts de gestion de (…) francs en 2009 et de (…) francs en 2010. Vu le nombre de destinataires de facture en approvisionnement de base de (…) en 2009 et de (…) en 2010,

elle arrive à des coûts de gestion par destinataire de facture à (…) francs en 2009 et (…) francs en 2010 et accepte un bénéfice maximum de (…) francs en 2009 et de (…) francs en 2010. Au total, l'ElCom accepte des coûts de gestion bénéfice inclus maximum en approvisionnement de base de (…) francs en 2009 et (…) francs en 2010.

L'ElCom précise qu'elle prend en compte des intérêts théoriques sur le FRN dans la règle des 95 francs pour rémunérer le besoin financier résultant des décalages entre les flux de trésorerie liés à l'activité de fourniture d'énergie. Elle explique que, contrairement au WACC production de 6.09% utilisé par la Ville de Lausanne, le WACC qu'elle utilise pour calculer les intérêts théoriques sur le FRN correspond au taux appliqué au FRN du réseau, soit 4.55% pour les deux années sous procédure. L'ElCom remarque que le FRN ne saurait être rémunéré de manière différente entre les secteurs réseau et énergie, étant donné qu'il s'agit du même type de besoin financier lié à l'activité de l'entreprise, et qu'il n'existe pas un risque plus élevé sur le FRN de l'énergie que sur celui du réseau. Elle explique que le FRN correspond à (…)% des coûts totaux de l'énergie pour l'approvisionnement de base, soit à (…) francs pour un coût total de (…) francs en 2009 et à (…) francs pour un coût total de (…) francs en 2010. Partant, elle retient des intérêts théoriques sur le FRN de l'énergie pour l'approvisionnement de base imputables de (…) francs en 2009 et de (…) francs en 2010, soit à (…) francs en 2009 et (…) francs en 2010 par destinataire de facture, compris dans la limite des 95 francs.

B.c Sur le vu de ce qui précède, l'ElCom retient des coûts de l'énergie imputables en approvisionnement de base de (…) francs en 2009 et de (…) francs en 2010.

B.d Finalement, l'ElCom considère que les gains injustifiés dus à des tarifs d'électricité trop élevés doivent être compensés selon le système des différences de couverture. Compte tenu des revenus de l'énergie en approvisionnement de base de (...) francs en 2009 et de (…) francs en 2010, les excédents à rembourser s'élèvent à (…) francs en 2009 et à (…) francs en 2010.

C.

C.a Le 1er février 2017, la Ville de Lausanne (la recourante) a formé recours en allemand contre cette décision partielle de l'ElCom (l'autorité inférieure) devant le Tribunal administratif fédéral (le Tribunal), concluant à son annulation et au classement de la procédure à son encontre, sous suite de frais et dépens à la charge de l'autorité inférieure.

Tout d'abord, la recourante fait valoir une violation de son droit d'être entendu. Ensuite, la recourante affirme que la compétence pour fixer les tarifs appartient exclusivement aux gestionnaires de réseau et que l'autorité inférieure ne peut pas s'immiscer dans le pouvoir d'appréciation de ceux-ci. Elle soutient qu'il appartient à l'ElCom de contrôler les tarifs uniquement sous l'angle de la légalité, qui se limite au critère de l'équité. La recourante soutient également qu'une intervention dans son mécanisme de tarification constitue une atteinte grave à sa garantie de la propriété et à sa liberté économique. Selon elle, non seulement le contrôle du montant des tarifs mais également les conséquences en cas de gains prétendument inéquitables doivent être prévus de manière plus précise dans la loi.

Ensuite, la recourante soutient que le contrôle des tarifs de l'électricité par l'ElCom doit se rapprocher de celui prévu par la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels (LCart, RS 251) et la loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSPr, RS 942.20) qui consiste en un contrôle des prix, en ce sens que la valeur utilisée par la recourante ne doit pas être abusive. Concernant la tarification de sa propre production, la recourante avance qu'en orientant son tarif au prix existant sur des marchés comparables, celui-ci ne peut pas être inéquitable. Concernant les coûts de gestion, la recourante soutient que les dispositions, sur lesquelles l'ElCom se base pour comparer l'efficacité des tarifs d'électricité, s'appliquent uniquement pour les tarifs d'utilisation du réseau et que, pour les tarifs de l'électricité, la méthode de comparaison utilisée par l'autorité inférieure n'a pas de base légale. Elle est d'avis que l'équité d'un tarif complexe ne peut pas être établie à l'aide d'une méthode de comparaison excessivement simplifiée, arbitraire et opaque, n'offrant pas la sécurité juridique nécessaire pour les entreprises. En outre, la recourante est d'avis que le remboursement ordonné par l'autorité inférieure sur la base du système des différences de couverture n'a pas non plus de base légale, alors qu'il constitue une atteinte grave à ses droits fondamentaux. Par ailleurs, elle fait valoir qu'une telle compensation serait contraire à l'intérêt public à la sécurité de l'approvisionnement et ne serait pas proportionnelle. Finalement, la recourante critique les frais de procédure de première instance tant dans leur principe, vu l'issue prévue de son recours, que dans leur montant.

C.b Par écriture du 7 avril 2017, l'autorité inférieure a déposé sa réponse, concluant au rejet du recours, dans la mesure de sa recevabilité, sous suite de frais.

Tout d'abord, l'autorité inférieure est d'avis que le droit d'être entendu de la recourante n'a pas été violé car elle lui a expliqué en détail les principes de

sa méthode de calcul des coûts de gestion bénéfice inclus. En outre, elle fait valoir qu'elle dispose, dans le contrôle des tarifs de l'électricité pour l'approvisionnement de base, d'une marge d'appréciation technique, pour autant qu'elle vérifie les aspects essentiels et établisse les faits nécessaires.

Ensuite, l'autorité inférieure allègue que la recourante mélange les systèmes prévus par la loi du 15 décembre 2000 sur le marché de l'électricité (LME, RS 731.2), la LSPr et la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl, RS 734.7) et en tire des conclusions erronées en sa faveur alors que les principes de ces lois se distinguent clairement. Concernant la valeur imputable de la production propre de la recourante, elle affirme que les tarifs équitables de l'énergie correspondent aux coûts effectifs de la production et des achats en énergie, selon la méthode cost-plus. Concernant la valeur imputable des coûts de gestion bénéfice inclus, elle déduit le critère d'efficacité de la notion de tarifs équitables et s'estime compétente pour effectuer une comparaison de l'efficacité des coûts de l'énergie. Elle soutient que son système de comparaison n'est pas arbitraire mais schématique. En outre, l'autorité inférieure fait valoir que le concept des différences de couverture, y compris le WACC comme taux d'intérêt applicable, a été confirmé par les tribunaux. Elle maintient que les différences entre les coûts estimés lors de la tarification et les coûts effectifs après le bouclement annuel doivent être compensés systématiquement de cette manière. Finalement, concernant les frais de procédure, l'autorité inférieure allègue que leur montant reflète les coûts effectifs pour son travail de vérification des tarifs.

C.c Dans leurs écritures subséquentes, les parties ont maintenu leurs conclusions et argumentation respectives.

C.d Le Tribunal a ensuite signalé aux parties que, sous réserve d'éventuels actes d'instruction complémentaires, la cause était gardée à juger.

Les autres faits et arguments pertinents des parties seront repris en tant que besoin dans les considérants en droit du présent arrêt.

Droit :

1.
La procédure de recours est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (art. 7 PA) ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

1.1 Sous réserve des exceptions – non pertinentes en l'espèce – prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal connaît, en vertu des art. 31 et 33 let. f LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les commissions fédérales. L'ElCom constitue une telle commission fédérale et est donc une autorité précédent le Tribunal de céans. L'acte attaqué du 15 décembre 2016 satisfait aux conditions qui prévalent à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 al. 1 PA, si bien que le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître du présent recours. L'art. 23 LApEl le prévoit d'ailleurs expressément.

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

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

2.
2.1 Le présent litige porte sur les questions de savoir si l'autorité inférieure a à juste titre corrigé à la baisse les tarifs d'électricité, destinés à l'approvisionnement de base, de la recourante pour les années tarifaires 2009 et 2010. En particulier, il s'agit d'examiner si c'est à raison qu'elle les a fixés en se fondant sur ses coûts d'approvisionnement en énergie imputables (cf. consid. 5) ainsi que sur ses coûts de gestion bénéfice inclus de l'énergie imputables (cf. consid. 6). Le litige a également pour objet la question de savoir si le système des différences de couverture pouvait, le cas échéant, être appliqué par l'autorité inférieure dans le cas présent (cf. consid. 7). Finalement, il s'agira d'examiner si l'autorité inférieure a à bon droit mis à la charge de la recourante les émoluments pour la décision partielle attaquée et si leur montant était justifié (cf. consid. 8). Liminairement, il sied

de vérifier si l'autorité inférieure a violé le droit d'être entendu de la recourante (cf. consid. 3) et d'examiner la question du droit applicable dans le temps (cf. consid. 4).

2.2 Le Tribunal administratif fédéral décide en principe avec une cognition illimitée. Conformément à l'art. 49 PA, il contrôle les décisions qui lui sont soumises sous l'angle de la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) et de l'inopportunité (let. c).

Le Tribunal fait cependant preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son libre pouvoir d'examen lorsque la nature des questions litigieuses qui lui sont soumises l'exige, singulièrement lorsque leur analyse nécessite des connaissances spéciales ou encore lorsqu'il s'agit de circonstances techniques que l'autorité qui a rendu la décision connaît mieux (cf. ATF 135 II 296 consid. 4.4.3, 134 III 193 consid. 4.4, 133 II 35 consid. 3 ; ATAF 2012/23 consid. 4, 2010/19 consid. 4.2 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-506/2016 du 3 juillet 2018 consid. 1.5.1, A-321/2017 du 20 février 2019 consid. 2, A-773/2011 du 24 mai 2013 consid. 2.1, non publié in : ATAF 2013/32). Si une autorité spécialisée et indépendante, prévue par la loi, avec des connaissances techniques spéciales fait office d'autorité inférieure, le Tribunal doit respecter son pouvoir d'appréciation technique. Pour autant que l'autorité spécialisée compétente ait examiné les aspects essentiels pour la décision et soigneusement effectué les clarifications nécessaires de manière complète, le Tribunal ne peut s'écarter de son appréciation que s'il a des raisons pertinentes pour le faire. L'ElCom constitue une telle autorité spécialisée (art. 21 LApEl ; cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.1, 139 II 185 consid. 9.3, 138 II 77 consid. 6.4 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-321/2017 du 20 février 2019 consid. 2, A-1344/2015 du 28 juin 2018 consid. 2.1). Elle-même ne peut intervenir qu'en cas de violation de la loi et ne peut pas s'immiscer dans le pouvoir d'appréciation des gestionnaires de réseau. S'il revient à l'autorité de surveillance d'effectuer uniquement un examen de la légalité mais non du pouvoir d'appréciation des gestionnaires de réseau, alors le Tribunal administratif fédéral ne peut pas non plus intervenir dans la marge d'appréciation de ceux-ci. De plus, il doit veiller à ce que l'autorité de surveillance respecte cette marge d'appréciation (cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_969 du 19 juillet 2014 consid. 7.4, 2C_367/2012 du 20 novembre 2012 consid. 2.2 et 3.4.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-321/2017 consid. 2).

2.3 Le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (art. 13 PA). Il applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise. Il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 142 I 135 consid. 2.3, 138 II 465 consid. 8.6.4, 136 II 165 consid. 4.1 et 5.2 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-5584/2015 du 2 mars 2017 consid. 2.1.2, A-492/2017 du 30 avril 2019 consid. 2.3).

3.
Concernant en premier lieu le grief afférent à la violation du droit d'être entendu de la recourante, il s'agira, après avoir présenté les arguments des parties (cf. consid. 3.1) et rappelé le droit applicable (cf. consid. 3.2), de répondre à la question de savoir si l'autorité inférieure aurait dû accorder à la recourante l'accès aux données détaillées, à partir desquelles elle a fixé les coûts de gestion bénéfice inclus admissibles (cf. consid. 3.3).

3.1
3.1.1 La recourante critique le fait que l'autorité inférieure a effectué un test de comparaison portant sur les coûts de gestion effectifs et le bénéfice admissibles, sans lui en dévoiler les bases de calcul réelles, qui ne ressortent pas de son rapport de vérification du 15 juillet 2014. Elle déplore le fait que seuls les résultats de sa comparaison lui ont été révélés et que les informations mises à sa disposition ne lui permettent pas de comprendre suffisamment la comparaison des coûts et du bénéfice, effectuée par l'ElCom.

La recourante comprend que les données utilisées puissent être qualifiées de secret d'affaires. Cependant, elle fait valoir que le fait que des secrets d'affaires puissent y être contenus ne justifie pas qu'elle accepte aveuglément que les données ont été correctement établies, évaluées et catégorisées par l'autorité inférieure et que la méthode de comparaison correspond à une pratique répondant aux exigences économiques. Elle est d'avis que cela ne permet pas de la priver totalement des critères et de la structure des données prélevées, de la méthode exacte utilisée, des motifs indiquant si les conditions prévues par l'art. 19 al. 1 de l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité (OApEl, RS 734.71) sont remplies, ni d'autres références économiques semblables. Elle remarque que le refus de consulter des pièces, prévu par l'art. 27 al. 1 let. b PA, est soumis à une pesée des intérêts et au principe de la proportionnalité, de telle sorte que d'autres

mesures moins incisives, telles que l'anonymisation ou le noircissement, doivent être préférées à un refus complet de consultation.

3.1.2 L'autorité inférieure fait valoir qu'elle a expliqué en détail les principes-cadres de sa méthode de calcul des coûts de gestion bénéfice inclus admissibles dans son rapport de vérification et dans la décision attaquée, et indiqué la fourchette des coûts des gestionnaires de réseau pris en compte. Elle soutient avoir expliqué à la recourante les principaux chiffres utilisés et précise que les coûts par gestionnaire de réseau sont disponibles sous forme anonyme dans l'appendice de sa décision 957-08-141 du 15 avril 2013 et repris dans le graphique figurant dans la décision attaquée.

Par ailleurs, l'autorité inférieure admet n'avoir jamais communiqué les données détaillées à la base de sa méthode de calcul, en raison de l'art. 26 LApEl. Elle explique que le droit d'être entendu de la recourante est limité par l'intérêt des gestionnaires de réseau au respect de leurs secrets d'affaires et par le secret de fonction auquel elle est soumise. Elle soutient que les données utilisées pour établir la limite de référence des coûts de gestion proviennent des fichiers de comptabilité analytique des grands gestionnaires de réseau et sont particulièrement confidentielles. En outre, l'autorité inférieure ne voit pas en quoi ces informations permettraient à la recourante de mieux prendre position et est d'avis que le droit d'être entendu ne s'étend que sur les éléments essentiels d'une question. Elle affirme que sa méthode de calcul a été reconnue conforme par le Tribunal fédéral dans l'ATF 142 II 451 et précise que dans cette procédure, elle n'avait pas non plus fourni les données utilisées pour ses calculs. Partant, elle est d'avis que le droit d'être entendu de la recourante n'a pas été violé.

3.2

3.2.1 Le droit de consulter le dossier est un aspect du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101). En effet, la possibilité de faire valoir ses arguments dans une procédure suppose la connaissance préalable des éléments dont l'autorité dispose (cf. ATF 135 II 286 consid. 5.1, 132 V 387 consid. 3.1, 126 I 7 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_33/2018 du 13 novembre 2018 consid. 2.1). L'art. 26 al. 1 PA prévoit que la partie ou son mandataire a le droit de consulter notamment tous les actes servant de moyens de preuve au siège de l'autorité appelée à statuer (cf. ATF 133 V 196 consid. 1.2 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-2324/2017 du 25 septembre 2018 consid. 3.3, A-2322/2017 du 9 avril 2018 consid. 3.3, A 1744/2006 du 12 juin 2007 consid. 6, A 1621/2006 du 6 mars 2007 con-

sid. 4.2.1). Le droit de consulter le dossier s'étend à toutes les pièces relatives à la procédure, sur lesquelles la décision est susceptible de se fonder (cf. ATF 132 V 387 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_490/2017 du 15 mai 2018 consid. 6.1) et doit également être octroyé même si son exercice ne permet pas d'influencer la décision au fond. La personne concernée doit bénéficier de la liberté de juger elle-même de la pertinence des pièces figurant au dossier (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2842/2010 du 20 mars 2013 consid. 3.1).

3.2.2 Le droit de consulter les pièces n'est pas absolu et peut être limité notamment pour la sauvegarde d'un intérêt privé important au maintien du secret (art. 27 al. 1 let. b PA ; cf. ATF 126 I 7 consid. 2b, 122 I 153 consid. 6a ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_433/2017 du 1er mai 2019 consid. 2.9, 1C_610/2015 du 4 janvier 2016 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2324/2017 du 25 septembre 2018 consid. 3.3). Le refus d'autoriser la consultation des pièces ne peut s'étendre qu'à celles qu'il y a lieu de garder secrètes (art. 27 al. 2 PA). L'administration et, en cas de litige, le tribunal doivent examiner dans un cas d'espèce si l'intérêt concret au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la consultation du dossier, compte tenu également du principe de la proportionnalité (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2842/2010 du 20 mars 2013 consid. 3.2 et les réf. cit.). 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-preuves (art. 28 PA).

3.2.3 Les secrets commerciaux des parties adverses ou de tiers, tels que des concurrents, constituent des intérêts privés (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-8632/2010 du 19 septembre 2013 consid. 8.4). Il faut entendre par secrets commerciaux des informations qui peuvent jouer un rôle sur le résultat commercial, par exemple la connaissance de sources d'achat et de ravitaillement, et celles relatives à l'organisation, la calculation du prix, la publicité et la production et qui présentent, par conséquent, un caractère commercial ou relatif à la gestion de l'entreprise (cf. ATF 142 II 268 consid. 5.2.3 et les réf. cit., 103 IV 283 consid. 2b). Les informations suivantes présentent en général un intérêt objectif au maintien du secret : les parts de marché d'une entreprise, son chiffre d'affaires, les calculations de prix, les rabais et les primes, ses sources d'approvisionnement et ses débouchés, son organisation interne, toutefois pas celle d'un cartel non autorisé, les stratégies commerciales et les plans d'entreprise ainsi que les relations avec et les listes de clients (cf. ATF 142 II 268 5.2.4 et les réf. cit. ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1009/2014 du 6 juillet 2015 consid. 3.3).

3.3 En l'espèce, les bases de calcul utilisées par l'autorité inférieure pour établir sa méthode de calcul et auxquelles la recourante souhaite avoir accès, soit les données provenant des fichiers de comptabilité analytique des grands gestionnaires de réseau, ne figurent pas dans le dossier de la cause. En effet, l'autorité inférieure ne s'est pas directement basée sur ces données pour statuer mais s'est contentée de reprendre les principes qu'elle avait établis au considérant 6.4.5 de sa décision 957-08-141 du 15 avril 2013. Partant, la question se pose si le droit de consulter le dossier de la recourante peut être restreint pour des informations ne figurant pas au dossier. Quoi qu'il en soit, même s'il devait être considéré que ces informations, bien que ne figurant pas au dossier, ont servi de base à la décision de l'autorité inférieure, elles devraient être qualifiées de secret d'affaires de tiers et soustraites à la consultation par la recourante. En effet, ces données ont directement trait à l'organisation et à la gestion des grands gestionnaires de réseau et servent de base à la calculation de leurs tarifs d'électricité. Dans le cas d'espèce, l'intérêt au respect des secrets commerciaux des gestionnaires de réseau l'emporterait sur l'intérêt de la recourante à avoir accès à ces données. Une mesure moins restrictive n'aurait pas non plus été possible puisqu'elle aurait impliqué de noircir tous les chiffres de la comptabilité analytique fournis par les gestionnaires de réseau. Par ailleurs, les critères et la structure des données prélevées sont connus de la recourante puisqu'elle a elle-même dû fournir les données issues de sa comptabilité analytique lors du relevé effectué par l'autorité inférieure pour établir sa méthode de calcul (cf. pièces n^{os} 154, 155 et 156 du dossier de l'autorité inférieure : fichiers de calcul des coûts [comptabilité analytique] pour les tarifs 2010, 2011 et 2012, produits par la recourante). Ces informations lui permettent par conséquent de comprendre dans les grandes lignes la manière dont l'autorité inférieure a établi sa méthode de calcul. Finalement, il sied de rappeler que, dans la procédure ayant mené à l'exclusion en tant que parties de la Société coopérative Migros Vaud et de Valdem de la présente procédure, la recourante avait elle-même demandé à l'autorité inférieure que tous les éléments du dossier, y compris l'existence même de la procédure, soient considérés comme un secret d'affaires (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5781/2011 du 7 juin 2013 consid. 1.3.3.1).

3.4 Sur le vu de ce qui précède, le Tribunal retient que l'autorité inférieure ne devait pas accorder à la recourante l'accès aux données détaillées, à partir desquelles elle a fixé les coûts de gestion bénéfice inclus admissibles. En effet, le droit de consulter le dossier de la recourante n'a pas été restreint et, même si l'inverse devait être retenu, cette restriction aurait été justifiée par l'intérêt des autres gestionnaires de réseau au respect de leurs

secrets commerciaux et proportionnelle à ce but. Partant, le droit d'être entendu de la recourante n'a pas été violé par l'autorité inférieure.

4.
Le droit applicable *ratione temporis* est le suivant.

4.1 L'art. 6 al. 4 LApEl a été complété par la loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l'énergie, entrée en vigueur le 1er janvier 2018 (cf. RO 2017 6839), de manière à préciser que 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 n'y a pas de disposition transitoire relative à cette modification, qui n'a de toute façon pas d'incidence en l'espèce. Par ailleurs, l'art. 6 al. 5 LApEl, entre autres, a été modifié par la loi fédérale du 15 décembre 2017 sur la transformation et l'extension des réseaux électriques (Modification de la loi sur les installations électriques et de la loi sur l'approvisionnement en électricité), entrée en vigueur le 1er juin 2019 (cf. RO 2019 1349). Désormais, cette disposition précise que les gestionnaires d'un réseau de distribution sont tenus de répercuter proportionnellement sur les consommateurs captifs le bénéfice qu'ils tirent du libre accès au réseau, au besoin au moyen d'adaptations des tarifs les années suivantes, et qu'ils ne sont pas tenus de procéder à de telles adaptations si le bénéfice de l'exercice concerné date de plus de cinq ans. Il n'y a pas non plus de disposition transitoire relative à la modification du 15 décembre 2017. En outre, l'OApEl a été modifiée le 3 avril 2019 et une partie de ces modifications, dont l'art. 4 OApEl, est entrée en vigueur le 1er juin 2019 (cf. RO 2019 1381). Bien que l'art. 4 OApEl ait été modifié, le texte de son alinéa 1 est resté identique à celui en vigueur précédemment. Les dispositions transitoires relatives à la modification du 3 avril 2019, soit les art. 31i, 31j et 31k OApEl ne concernent pas les modifications pertinentes en l'espèce.

4.2 Faute de règlement transitoire explicite, le droit matériel applicable dans le temps est en principe celui qui était en vigueur au moment de la décision de première instance. Exceptionnellement, le nouveau droit doit être appliqué par l'instance de recours lorsqu'il existe des raisons impératives pour le faire (cf. ATF 139 II 470 consid. 4.2, 135 II 384 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_736/2010 du 23 février 2012 consid. 5.2 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-5411/2016 du 26 février 2018 consid. 3.2, B-4973/2016 du 12 mai 2017 consid. 4.2, A-368/2014 du 6 juin 2014 consid. 3). A défaut de règlementation transitoire explicite et à défaut de raisons impératives pour appliquer le nouveau droit, le droit matériel en

vigueur lors de la décision de première instance est applicable au cas d'espèce.

5.
A présent, il s'agit de déterminer si l'autorité inférieure a à juste titre corrigé à la baisse les tarifs d'électricité pour l'approvisionnement de base de la recourante pour les années tarifaires 2009 et 2010. En particulier, il convient d'examiner si c'est à raison qu'elle les a fixés en se fondant sur les coûts d'approvisionnement en énergie de la recourante (cf. consid. 5.3). Pour ce faire, il sied de présenter les arguments des parties (cf. consid. 5.1) ainsi que le cadre juridique (cf. consid. 5.2).

5.1
5.1.1 La recourante fait valoir que la notion de tarifs équitables, prévue par l'art. 6 al. 1 LApEl, doit être interprétée en relation notamment avec la LSPr (cf. consid. 5.1.1.1). Elle argue également que la méthode cost-plus, utilisée par l'autorité inférieure, contredit les prescriptions légales, et qu'en orientant son tarif au prix existant sur des marchés comparables, celui-ci ne peut pas être inéquitable (cf. consid. 5.1.1.2).

5.1.1.1 Concernant l'interprétation de la notion de tarifs équitables, prévue par l'art. 6 al. 1 LApEl, la recourante soutient que le contrôle des tarifs de l'électricité par l'ElCom se rapproche de celui prévu par la LCart et de la LSPr qui consiste en un contrôle des prix, en ce sens que les tarifs ne doivent pas être dans une relation inappropriée par rapport aux coûts et que le bénéfice ne doit pas être abusif au sens de la LSPr par rapport aux conditions existantes du marché. Elle est d'avis que la compétence d'intervention de l'ElCom en cas de contrôle des tarifs d'électricité doit correspondre à celle de la Surveillance des prix.

La recourante ajoute que le critère d'équité prévu par l'art. 6 al. 1 LApEl doit être interprété à l'aide des buts de la loi, prévus par l'art. 1 LApEl. Elle précise que ceux-ci consistent en la sécurité de l'approvisionnement et en la compétitivité sur le plan international, soit une approche en lien avec le marché. Elle fait valoir que des considérations semblables ressortent en particulier de l'art. 13 LSPr. Elle indique que l'article-but de la LME contenait également ces deux éléments et que, partant, son but ne se distinguait pas fondamentalement de celui de la LApEl. Elle ajoute que la Surveillance des prix, en cas de contrôle des tarifs de l'électricité, aurait dû effectuer ce contrôle d'après la LSPr, ne se basant pas exclusivement sur des critères de coûts, et également tenir compte d'intérêts publics tels que la sécurité de l'approvisionnement. Elle fait valoir que les contrôles de prix en cas de

position dominante ou monopolistique sur le marché sont des cas typiques d'application de la LSPr et que, par conséquent, le champ d'application de la LSPr est identique à celui de la LApEl en ce qui concerne les consommateurs captifs. La recourante est d'avis que l'approche de l'autorité inférieure reviendrait à ce qu'une entreprise avec une position dominante ou monopolistique sur le marché devrait être traitée différemment, selon si ses tarifs sont contrôlés par la Surveillance des prix ou par l'ElCom. Selon elle, les articles-buts de la LME et de la LApEl n'autorisent pas une telle différenciation.

5.1.1.2 La recourante remarque ensuite que l'équité est une notion très large qui ne peut pas être réduite à l'approche cost-plus, étroite et statique, utilisée par l'autorité inférieure pour calculer la valeur imputable de sa production propre. Elle est d'avis que des critères plus larges dans le cadre des buts de la LApEl doivent être utilisés. Elle soutient que la méthode cost-plus contredit les prescriptions légales si le « plus » de cette approche n'est compris que de telle sorte qu'un simple taux d'intérêt lié au risque est ajouté aux coûts. Selon elle, le « plus » doit être compris en ce sens qu'une composante du marché doit être contenue. Elle ajoute que cette méthode l'empêche d'atteindre les buts de la sécurité de l'approvisionnement et de la compétitivité du secteur suisse de l'électricité sur le plan international et constitue un subventionnement des clients finaux captifs, non voulu par la LApEl. En outre, elle allègue que cette méthode ne peut être déduite ni de l'art. 6 al. 1 LApEl ni de l'art. 4 al. 1 OApEl. Elle ajoute qu'il ne ressort ni de la loi, ni des travaux préparatoires que la réglementation des tarifs de l'électricité doit suivre les mêmes critères que celle des tarifs pour l'utilisation du réseau. La recourante souligne qu'au contraire, le cadre du contrôle matériel des tarifs de l'électricité se distingue fondamentalement de celui des tarifs pour l'utilisation du réseau. Ces derniers sont soumis à une réglementation détaillée orientée sur les coûts, prévue par le législateur, ce qui est compréhensible vu la situation de monopole, alors que les premiers sont uniquement contrôlés sous l'angle du caractère équitable prévu par l'art. 6 al. 1 LApEl. Partant, selon la recourante, l'ampleur de la compétence d'intervention de l'autorité inférieure est plus élevée pour les tarifs d'utilisation du réseau que pour les tarifs de l'électricité, et l'ElCom ne peut pas diminuer son tarif sur la base d'une valeur orientée purement sur les coûts.

Par ailleurs, la recourante soutient qu'une intervention dans son mécanisme de tarification constitue une atteinte grave à sa garantie de la propriété et à sa liberté économique devant respecter les conditions de l'art. 36 Cst., soit être prévue dans une loi au sens formel, répondre à un

intérêt public prépondérant et être conforme au principe de la proportionnalité. Elle ajoute qu'une telle ingérence l'empêche de facturer des tarifs qui résultent du marché et que la libre tarification constitue un aspect central de sa liberté économique que l'Etat ne devrait pas pouvoir influencer. Selon elle, le contrôle du montant des tarifs n'est pas prévu de manière assez précise dans la LApEl et la condition d'une base légale, prévue pour une restriction importante aux droits fondamentaux, n'est pas remplie.

La recourante est en particulier d'avis qu'il ne peut pas être déduit de l'art. 6 al. 4 LApEl que les tarifs de l'énergie doivent être basés sans exception sur les coûts pour être équitables. Elle affirme que l'obligation pour les gestionnaires d'un réseau de distribution de tenir une comptabilité par unité d'imputation sert uniquement la transparence et une gestion diligente de l'entreprise mais ne joue aucun rôle lors du contrôle matériel des tarifs. Elle est d'avis que la tenue d'une telle comptabilité ne donne aucune indication si les coûts qui y sont énumérés et leur affectation à un produit ou à un service, sont équitables pour une branche particulière ou par rapport à la situation du marché d'une entreprise, ni s'ils doivent poursuivre des critères déterminés d'objectifs d'entreprise. En outre, la recourante fait valoir que l'art. 6 al. 1 LApEl s'adresse exclusivement aux gestionnaires d'un réseau de distribution et non pas aux producteurs d'électricité. Selon elle, la production d'électricité, qui constitue une activité d'approvisionnement en électricité, doit être qualifiée « d'autres secteurs d'activité » au sens de l'art. 10 al. 1 LApEl dans le cadre de la séparation des activités. Partant, elle allègue que la production propre d'électricité n'est pas soumise à la régulation tarifaire du réseau mais aux forces du marché, et ne peut pas non plus être considérée comme une activité dans le cadre de l'exploitation du réseau de distribution, quant à elle soumise au contrôle des tarifs selon l'art. 6 al. 1 LApEl et devant justement être séparée des autres secteurs d'activité. Selon la recourante, l'approche adoptée par l'autorité inférieure mène à un traitement discriminatoire des producteurs d'électricité ayant leur propre réseau de distribution par rapport à ceux sans réseau de distribution puisque ces derniers peuvent vendre leur production aux conditions du marché. Elle avance que cette discrimination, non prévue par la loi, implique que les entreprises d'approvisionnement en électricité ne disposent d'aucune marge de manœuvre par rapport à leur tarification.

La recourante affirme également que, même si la production propre était soumise à un contrôle des prix, l'ingérence de l'autorité inférieure serait anticonstitutionnelle et illégale, en ce sens que ni l'art. 4 al. 1 OApEl ni aucune autre disposition de la LApEl ou de l'OApEl ne contient une concréti-

sation de la notion d'équité correspondant aux prescriptions constitutionnelles et légales. Elle précise que l'art. 4 OApEl concrétise uniquement la notion des coûts de revient. Elle allègue que, même si l'art. 4 al. 1 OApEl pouvait être considéré comme une concrétisation de l'équité, le Tribunal fédéral a statué que le catalogue qu'il contient n'est pas exhaustif. Partant, même si le contrôle des tarifs d'électricité devait s'orienter sur les coûts, il ne pourrait pas être effectué uniquement par rapport aux critères d'une production efficace et sur les contrats d'achat à long terme mais une certaine orientation au prix du marché devrait être prise en compte.

Par ailleurs, la recourante avance que le législateur n'a pas délégué au Conseil fédéral la compétence de réglementer les tarifs d'électricité et que ce dernier peut uniquement exécuter les dispositions légales mais non les élargir. En outre, elle remarque que l'art. 4 al. 1 OApEl a déjà été corrigé deux fois par rapport à la composante du marché. Concernant la première correction, elle relève que le Conseil fédéral a reconnu que se baser uniquement sur les intérêts des consommateurs ne permettait pas de respecter les autres buts de la sécurité de l'approvisionnement et de l'orientation au marché, prévus par la LApEl. Elle ajoute que le Tribunal fédéral a effectué une deuxième correction en ce sens que la composante du marché doit justement être prise en compte lors de la fixation des tarifs de l'électricité. Partant, elle ne comprend pas pourquoi l'autorité inférieure maintient une interprétation étroite et anticonstitutionnelle de cette disposition.

La recourante explique ensuite qu'elle a facturé sa propre production d'électricité à une valeur fixée en référence aux conditions du marché qui prévoyaient des prix plus hauts que ses coûts de revient, contrairement à la situation actuelle. Elle précise que le prix de production moyen qu'elle a facturé s'élevait à (…) c./kWh pour 2009 et à (…) c./kWh pour 2010 et que ces prix sont inférieurs au prix moyen pour les achats sur le marché en gros de (…) c./kWh pour 2009 et de (…) c./kWh pour 2010. La recourante affirme qu'en orientant son tarif au prix existant sur des marchés comparables, celui-ci ne peut pas être inéquitable, car le prix du marché est soumis à une concurrence efficace. Selon elle, ce critère pourrait tout au plus être remis en question si une référence au prix du marché reviendrait à mettre en danger l'intérêt public à la sécurité de l'approvisionnement. La recourante fait valoir que si sa production propre devait être facturée sur la seule base de ses coûts de revient, cela aurait de graves répercussions pour elle car les différences s'élèveraient à (…) francs pour 2009 et à (…) francs pour 2010.

La recourante précise encore que l'électricité qu'elle met à disposition se compose quantitativement de (…)% d'achats sur le marché et de (…)% d'achats de sa propre production pour 2009 et 2010. Les acquisitions sur le marché correspondent donc à une part importante de l'électricité perçue pour les clients finaux de l'approvisionnement de base. Elle allègue que pour assurer un approvisionnement en électricité fiable et être compétitive sur le plan international, elle doit disposer d'une certaine marge de manœuvre pour investir et avoir du succès d'un point de vue entrepreneurial.

La recourante rappelle qu'en 2030, sa concession pour sa centrale hydroélectrique à Lavey arrive à échéance et qu'en cas de retour des installations, elle devra supporter des hauts coûts pour le rétablissement de l'état prévu. Elle ajoute qu'en cas de renouvellement de la concession, elle devra également supporter des coûts d'investissement pour les révisions et adaptations de l'ordre de (…) à (…) millions de francs et que, pour pouvoir supporter ces investissements, elle doit pouvoir planifier les atteintes à son activité entrepreneuriale.

Finalement, la recourante précise que le WACC est utilisé pour calculer le rendement minimum de projets d'investissement et qu'il s'agit d'une grandeur du point de vue d'un investisseur et non du point de vue de l'entreprise concernée. Elle affirme qu'une approche basée sur le WACC n'est pas apte à rendre compte d'une grandeur de bénéfice correspondant au critère du tarif équitable prévu par l'art. 6 al. 1 LApEl. La recourante soutient que le WACC (production) utilisé par l'autorité inférieure ne tient compte ni de sa situation ni de la situation particulière du marché d'une entreprise suisse d'approvisionnement en électricité et que sa propre méthode est plus adaptée pour ce faire.

5.1.2 L'autorité inférieure, quant à elle, soutient que la notion de tarifs équitables doit être interprétée de manière autonome et non en lien avec la LSPr (cf. consid. 5.1.2.1). En outre, elle est d'avis que les tarifs équitables de l'énergie correspondent aux coûts effectifs de la production et des achats en énergie, selon la méthode cost-plus et que des coûts de production valorisés au prix du marché ne sont pas équitables (cf. consid. 5.1.2.2).

5.1.2.1 L'autorité inférieure rappelle que la LME prévoyait la libéralisation du marché de l'électricité et contenait essentiellement une régulation de l'utilisation du réseau, domaine monopolistique. Elle explique qu'il était prévu que les prix de l'énergie soient fixés librement sur le marché, ceux-ci relevant uniquement de la compétence de la Surveillance des prix, régie

par la LSPr. Elle précise que la LME, et donc la libéralisation totale du marché de l'énergie électrique, a été rejetée par votation populaire, suite à quoi la LApEl, plaçant la sécurité de l'approvisionnement au centre de l'attention, est entrée en vigueur. Concernant la notion d'équité, l'autorité inférieure souligne que le thème central de la LApEl se distingue ainsi de celui de la LME, bien que les buts de la LApEl prévoient tant la sécurité d'approvisionnement que la compétitivité internationale, soit une composante du marché. Elle ajoute qu'avec la LApEl, une régulation exhaustive des tarifs de l'électricité en approvisionnement de base, secteur monopolistique, a été instaurée et que ce domaine relève désormais exclusivement de sa compétence, à l'exclusion de celle de la Surveillance des prix qui reste compétente pour les prix de l'énergie sur le marché libre. Selon elle, il ne reste aucune marge pour appliquer des principes de la LSPr et son contrôle n'est pas limité à l'abus de prix. Par ailleurs, l'autorité inférieure allègue que la recourante n'indique pas en quoi consisterait ses prestations particulières et, en outre, mélange les trois systèmes prévus par la LME, la LApEl et la LSPr pour en tirer des conclusions erronées en sa faveur alors que les principes de ces lois se distinguent clairement.

5.1.2.2 Concernant la valeur imputable de la production propre, l'autorité inférieure fait valoir que la LApEl ne s'adresse pas aux producteurs mais aux gestionnaires de réseau. Elle admet que les tarifs équitables prévus par l'art. 6 al. 1 LApEl constituent une notion juridique indéterminée et que l'art. 4 al. 1 OApEl concrétise la notion de coûts de production mais non la notion d'équité. Elle avance que c'est à elle de préciser cette notion, de par sa marge d'appréciation, en tenant compte du cadre législatif. L'autorité inférieure allègue que l'obligation de tenir une comptabilité par unité d'imputation a sa raison d'être uniquement si l'équité se fonde sur les coûts effectifs. Selon elle, il découle de l'art. 6 al. 5 LApEl que le législateur considérait les coûts effectifs de la production propre comme critère central pour juger de l'équité des tarifs. Elle soutient que le législateur a opté pour un modèle orienté sur les coûts pour éviter des tarifs de l'énergie trop élevés ainsi que le subventionnement des clients libres par les consommateurs en approvisionnement de base. Ainsi, les clients en approvisionnement de base profitent proportionnellement des prix du marché, lorsque ces derniers sont plus avantageux, et contribuent proportionnellement à ceux-ci, lorsqu'ils sont plus élevés. L'autorité inférieure en conclut que les tarifs équitables de l'énergie correspondent aux coûts effectifs de la production et des achats en énergie, selon la méthode cost-plus.

L'autorité inférieure ajoute que la prise en compte d'une composante prix du marché dans le cadre de l'art. 4 al. 1 OApEl est directement liée à l'approche basée sur les coûts effectifs et que le Tribunal fédéral a seulement clarifié que les éléments listés dans cet article n'étaient pas exhaustifs mais qu'il fallait également prendre en compte les achats à court terme. L'autorité inférieure ne voit pas pourquoi des coûts de production valorisés au prix du marché devraient être considérés comme des coûts équitables, en particulier si les différences se montent à plus de (…) millions de francs pour chaque année tarifaire sous revue. Elle remarque que cette considération est valable indépendamment du fait que la sécurité de l'approvisionnement soit garantie ou pas. Elle est d'avis que le but de la LApEl ne consiste pas à garantir aux entreprises électriques une compétitivité nationale ou internationale au détriment de leurs consommateurs finaux en approvisionnement de base. Cela correspondrait selon elle à un subventionnement croisé entre les secteurs énergétiques monopoliste et opérant sur le marché. Elle affirme qu'une régulation cost-plus ne conduit pas au subventionnement des consommateurs finaux captifs au détriment du secteur libéralisé.

Finalement, l'autorité inférieure avance que le WACC production contient déjà une marge appropriée tenant compte des risques de l'entreprise. Elle soutient que dans un système cost-plus, consistant à déterminer un prix à partir des coûts effectifs auxquels est ajoutée une marge, il est habituel de calculer le bénéfice approprié à l'aide d'un taux d'intérêt sur le capital nécessaire à l'exploitation, soit d'un WACC. Elle ajoute que, d'une part, le rendement doit être suffisamment élevé pour qu'un investisseur intelligent investisse et que, d'autre part, le rendement ne doit pas conduire à un bénéfice excessif. Selon elle, le WACC permet d'obtenir un bénéfice approprié tenant compte du risque de l'activité spécifique, raison pour laquelle le WACC production est supérieur à celui du réseau.

5.2 Le cadre juridique général déterminant est le suivant.

5.2.1 La compétence de l'ElCom concernant les tarifs de l'électricité est régie de la manière suivante. Selon l'art. 22 LApEl, 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 (al. 1). Elle est notamment compétente pour vérifier d'office les tarifs de l'électricité (al. 2 let. b ; cf. Message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité, FF 2005 1493, 1530, Message LIE et LApEl). Elle ne peut intervenir qu'en cas de violation de la loi et ne peut pas

s'immiscer dans la marge d'appréciation des gestionnaires de réseau (cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_969/2013 du 19 juillet 2014 consid. 7.4, 2C_367/2012 du 20 novembre 2012 consid. 2.2 et 3.4.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1344/2015 du 28 juin 2018 consid. 2.2). L'art. 6 al. 1 LApEl prévoit que les tarifs d'électricité doivent être équitables. Des tarifs ou des éléments de tarifs inéquitables sont par conséquent illicites et peuvent mener à une réduction par l'ElCom. Il ne ressort pas de la lettre de la loi ce qu'il doit être compris par équitable. L'autorité de surveillance dispose d'une certaine latitude de jugement dans l'interprétation de cette notion juridique indéterminée, devant également être respectée par le Tribunal administratif fédéral. Ce dernier doit néanmoins vérifier la légalité des actes de l'ElCom ainsi que des ordonnances appliquées par elle (cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.3, 138 I 468 consid. 2.5, 138 II 465 consid. 7.7 et 8.6.4 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_969/2013 du 19 juillet 2014 consid. 7.4, 2C_367/2012 du 20 novembre 2012 consid. 3.4.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1344/2015 du 28 juin 2018 consid. 2.2 et 2.3).

Ce sont les gestionnaires d'un réseau de distribution, et non pas l'ElCom, qui fixent les tarifs (art. 6 al. 1 et 3 LApEl). En raison du monopole naturel existant pour le réseau de transport et de distribution, les tarifs pour l'utilisation du réseau (art. 14 ss LApEl) sont exclusivement régis par la LApEl et soumis au contrôle de l'ElCom pour tous les consommateurs finaux. Il en va de même pour les tarifs d'énergie mais uniquement pour les consommateurs finaux en approvisionnement de base. Pour ceux-ci, l'ElCom régule le prix de l'énergie sur la base d'une comptabilité analytique (art. 6 LApEl ; art. 4 OApEl). Pour les consommateurs finaux avec accès au réseau, pouvant percevoir de l'électricité d'un fournisseur de leur choix (art. 4 al. 1 let. d LApEl), les tarifs pour la fourniture d'énergie sont régis par le droit civil. Ils sont fixés contractuellement et sont soustraits à une influence étatique (art. 27 et 94 al. 4 Cst ; cf. ATF 144 III 111 consid. 5.1, 142 II 451 consid. 3.6.2, 4.2.1 et 4.5.2, 138 I 468 consid. 2.4 et 2.5, 138 I 454 consid. 3.6.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_518/2012 du 23 novembre 2012 consid. 2.2, non publié in : ATF 138 I 468 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1344/2015 du 28 juin 2018 consid. 12.2 ; PETRIK-HALTINER, Spannungsfelder rund um die Stromkosten und –tarife, Eine systematische Analyse der Rechtslage im Nachgang an die erste Etappe der schweizerischen Strommarktliberalisierung, 2017, p. 89 sv., 293 sv.). Par ailleurs, selon l'art. 3 al. 1 let. a LCart, la LCart ne s'applique pas dans la mesure où un régime de marché ou de prix de caractère étatique, excluant la concurrence, existe. Tel est notamment le cas dans le secteur de l'énergie pour

les consommateurs finaux captifs, exclu de la concurrence (cf. ATF 143 II 37 consid. 6.2.3, 141 II 66 consid. 2.2.4, 129 II 497 consid. 3.3.1).

5.2.2 Il sied à présent de clarifier le champ d'application personnel de la LApEl. Selon l'art. 6 al. 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. Les gestionnaires d'un réseau de distribution assument la responsabilité et les tâches liées à leur réseau de distribution. Ils doivent notamment garantir l'approvisionnement électrique de base dans leur zone de desserte (cf. Initiative parlementaire Pas de bureaucratie inutile dans le domaine des réseaux électriques, Rapport du 21 février 2011 de la commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national, FF 2011 2711, 2715 ; PETRIK-HALTINER, op. cit., p. 89 ; JÄGER/SCHEIDEGGER, Kommentar zum Energierecht, Band I : WRG/EleG/StromVG/RLG, 2016, art. 5 al. 1-4 n° 8). Par ailleurs, la structure de propriété au sein d'un fournisseur d'électricité n'est pas déterminante lors de la fixation des coûts de revient de la production d'électricité (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1344/2015 du 28 juin 2018 consid.6.5 et 6.7 ; PETRIK-HALTINER, op. cit., p. 303).

En outre, l'Association des entreprises électriques suisses (l'AES) a édicté la recommandation « Schéma de calcul des coûts pour les coûts d'approvisionnement », édition 2018, SCCA – CH 2018 (publiée sur www.strom.ch > Téléchargement > Thème : Marché de l'énergie, Type : Recommandation de la branche, page consultée le 8 août 2019). Cette recommandation (concernant la nature juridique de recommandations de la branche cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5141/2011 du 29 janvier 2013 consid. 9.5.1 et les réf. cit., www.elcom.admin.ch > Documentation > Communications > Nature juridique des directives et documents de la branche du 1er février 2010, p. 4 sv., page consultée le 8 août 2019 et PETRIK-HALTINER, op. cit., p. 31 ss) s'appuie sur la législation applicable au 1er janvier 2018. Elle est toutefois pertinente en l'espèce dans la mesure où elle interprète les art. 6 LApEl et 4 OApEl dans leur version inchangée (cf. consid. 4). L'AES précise que cette recommandation ne concerne que les gestionnaires de réseau de distribution qui fournissent de l'électricité aux consommateurs finaux avec approvisionnement de base, et qui sont donc soumis aux art. 6 LApEl et 4 al. 1 OApEl, mais ne s'applique pas aux fournisseurs d'énergie indépendants sans mandat d'approvisionnement de base ni aux

négociants en électricité proprement dits (cf. ch. 1.2.1 ch. m. 9 et 10, p. 14 sv., SCCA – CH 2018).

5.2.3 L'art. 94 Cst. institue un ordre économique fondé sur la libre concurrence. Ce principe est concrétisé par l'art. 27 Cst. dans sa fonction en tant que droit individuel. Cet article protège la liberté économique, avant tout le droit de chacun d'exercer librement toute activité économique du secteur privé, sans intervention étatique (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1344/2015 du 28 juin 2018 consid. 12.2 et les réf. cit.). La liberté économique n'est pas absolue mais peut être limitée sur la base de l'art. 36 Cst., pour autant qu'il s'agisse de mesures ne menaçant pas la concurrence (cf. art. 94 al. 4 Cst.). Selon le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique découlant de l'art. 27 Cst., les mesures étatiques qui causent une distorsion de la compétition entre concurrents directs, c'est-à-dire celles qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence, sont interdites. On entend par concurrents directs les membres de la même branche qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins. L'art. 27 Cst. garantit aux concurrents directs une meilleure protection que celle de l'art. 8 Cst. : une mesure reposant sur des motifs sérieux et objectifs et donc conforme à l'art. 8 Cst. peut provoquer une distorsion entre concurrents directs prohibée par l'art. 27 Cst. (cf. ATF 121 I 129 consid. 3d ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_763/2009 du 28 avril 2010 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1344/2015 du 28 juin 2018 consid. 12.2 et les réf. cit.). La garantie de la propriété, prévue par l'art. 26 al. 1 Cst., protège, dans sa fonction individuelle, les droits patrimoniaux concrets du propriétaire : celui de conserver sa propriété, d'en jouir et de l'aliéner. Elle ne protège pas le patrimoine en tant que tel. Tout comme la liberté économique, elle peut être restreinte, aux conditions de l'art. 36 Cst. (cf. ATF 145 I 73 consid. 6.1, 132 I 201 consid. 7.1, 131 I 333 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_947/2008 du 16 janvier 2009 consid. 7).

5.2.4 Finalement, il convient d'interpréter la notion juridique indéterminée de « tarifs équitables », prévue par l'art. 6 al. 1 LApEl pour la tarification de l'électricité pour les consommateurs finaux en approvisionnement de base. Conformément à la jurisprudence constante, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique)

ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. Il ne s'écarte de la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf. ATF 144 V 333 consid. 10.1, 144 IV 217 consid. 3.1, 143 II 202 consid. 8.5 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-2905/2017 du 1er février 2018 consid. 6.3.1, A-658/2014 du 29 avril 2014 consid. 4.1, A 469/2013 du 27 septembre 2013 consid. 5).

5.2.4.1 La LApEl a pour objectif de créer les conditions propres à assurer un approvisionnement en électricité sûr ainsi qu'un marché de l'électricité axé sur la concurrence (art. 1 al. 1 LApEl). La séparation des activités entre l'exploitation du réseau et la production d'électricité (art. 10 ss LApEl) constitue un élément essentiel pour ce faire et permet un accès au réseau sans discrimination. Les éléments que le prix de l'électricité peut contenir pour les consommateurs finaux sont fixés exhaustivement par la loi, à savoir les coûts imputables pour l'utilisation du réseau, les coûts pour la fourniture d'électricité ainsi que les redevances et les prestations fournies à des collectivités publiques (cf. ATF 144 III 111 consid. 5.1, 138 I 454 consid. 3.6.3). Les tarifs d'électricité dans l'approvisionnement de base doivent être équitables (« angemessen », « adeguate » ; art. 6 al. 1 LApEl). Les gestionnaires d'un réseau de distribution fixent dans leur zone de desserte un tarif uniforme, valable pour un an au moins, pour les consommateurs captifs raccordés au même niveau de tension et présentant les mêmes caractéristiques de consommation (al. 3). Pour la composante du tarif concernant la fourniture d'énergie, ils doivent tenir une comptabilité par unité d'imputation (al. 4). En outre, ils sont tenus de répercuter proportionnellement sur les consommateurs captifs le bénéfice qu'ils tirent du libre accès au réseau (al. 5 ; cf. ATF 142 II 451 consid. 4.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_518/2012 du 23 novembre 2012 consid. 2.2, non publié in : ATF 138 I 468 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1344/2015 du 28 juin 2018 consid. 4.2). L'obligation de tenir une comptabilité structurée en type de consommateurs finaux chargés d'assumer les frais pour la composante énergie est un facteur de transparence qui empêche le subventionnement croisé. Les distributeurs finaux peuvent ainsi prouver, si besoin est, que les tarifs d'énergie se fondent sur les coûts effectifs et que les réductions de prix ont été répercutées sur les ménages (cf. Message LIE et LApEl, FF 2005 1493, 1530 ; ATF 142 II 451 consid. 5.2.3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1344/2015 du 28 juin 2018 consid. 11.4 ; PETRIK-HALTINER, op. cit., p. 295).

5.2.4.2 Dans le domaine des tarifs de l'électricité, contrairement au domaine de l'utilisation du réseau, il n'existe pas de dispositions de calcul détaillées dans la LApEl permettant de déterminer les coûts de l'énergie imputables dans l'approvisionnement de base (cf. PETRIK-HALTINER, op. cit., p. 295 et 303 ; ch. 3.1 ch. m. 1, p. 22, SCCA – CH 2018). Au niveau de l'OApEl, l'art. 4 al. 1 – disposition d'exécution édictée sur la base de l'art. 30 al. 2 LApEl – prévoit que la composante tarifaire due pour la fourniture d'énergie aux consommateurs finaux avec approvisionnement de base se fonde sur les coûts de production d'une exploitation efficace et sur les contrats d'achat à long terme du gestionnaire du réseau de distribution. Les tarifs de l'électricité doivent être équitables et orientés sur les coûts (cf. ATF 138 I 454 consid. 3.6.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_632/2016 du 6 novembre 2017 consid. 4.1.1 et 4.1.2, 2C_739/2010 du 6 juillet 2011 consid. 3.3 et 5.3). La LApEl n'a pas pour but que les tarifs dans l'approvisionnement de base soient le plus bas possible. En effet, dans la première phase de l'ouverture du marché, le législateur a délibérément exclu les consommateurs finaux captifs de l'accès au réseau (art. 6 al. 6 LApEl) car il a jugé que la garantie et la sécurité de leur approvisionnement étaient plus importantes que la possibilité d'obtenir des prix de l'électricité le plus avantageux possible grâce à une participation au marché (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_632/2016 du 6 novembre 2017 consid. 4.1.3).

La version de l'art. 4 al. 1 OApEl en vigueur avant le 1er mars 2013 contenait une deuxième phrase qui prévoyait que si les coûts de production dépassent les prix du marché, la composante tarifaire s'appuie sur les prix du marché (cf. RO 2008 1223). Cette phrase, ensuite supprimée par le Conseil fédéral, aurait obligatoirement mené à l'insolvabilité ou à la faillite des gestionnaires de réseau de distribution avec des coûts de revient plus élevés que les prix du marché et, vu ses conséquences sur la sécurité de l'approvisionnement et sur la politique énergétique, aurait dû être prévue dans une loi au sens formel. Partant, les tarifs de l'électricité ne sont pas inéquitables de par le seul fait qu'ils sont plus élevés que les prix du marché (cf. ATF 142 II 451 consid. 5.2.7 et 5.2.7.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_632/2016 du 6 novembre 2017 consid. 4.1.3).

Toutefois, cela ne signifie pas que les prix du marché ne jouent aucun rôle dans l'approvisionnement de base. D'une part, une appréciation fondée sur les coûts doit obligatoirement tenir compte au moins des coûts d'achat à court terme sur le marché si la production propre et les contrats d'achat à long terme ne suffisent pas à couvrir l'approvisionnement de base ; cela, même si ces coûts sont plus élevés que ceux de revient de la production

propre. En effet, sans ces achats à court terme, les gestionnaires de réseau de distribution ne pourraient pas remplir leur obligation légale de garantie de l'approvisionnement de base. D'autre part, l'art. 6 al. 5 LApEl exige de répercuter le bénéfice tiré du libre accès au réseau sur les consommateurs captifs, les faisant ainsi participer indirectement aux avantages de l'ouverture du marché. Il ressort de ces deux aspects que l'approvisionnement de base est également influencé par le marché. Dans la mesure où l'art. 4 al. 1 OApEl ou la pratique administrative se baseraient uniquement sur les coûts de la production propre et sur les contrats d'achat à long terme, cela serait en contradiction avec la loi (cf. ATF 142 II 451 consid. 5.2.7.3).

5.2.4.3 La Directive 3/2012 de l'ElCom du 14 mai 2012, portant sur les coûts de production et contrats d'achat à long terme selon l'art. 4, al. 1 de l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité (publiée sur www.elcom.admin.ch > Documentation > Directives > Archive Directives, page consultée le 8 août 2019) a été remplacée par la Directive 2/2018 de l'ElCom du 10 avril 2018/14 mai 2019, portant sur 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 (publiée sur www.elcom.admin.ch > Documentation > Directives, page consultée le 8 août 2019). Les art. 3 respectifs de ces directives contiennent les principes régissant le calcul des coûts de production d'une exploitation efficace. Ces principes ont été exposés et appliqués par l'autorité inférieure dans la décision attaquée, notamment concernant les coûts d'exploitation et les coûts de capitaux d'une exploitation efficace (cf. consid. B.a.a).

En particulier, l'ElCom tient compte, comme coûts de capitaux imputables, des amortissements théoriques et des intérêts théoriques sur les valeurs patrimoniales nécessaires à la production. Concernant le taux des intérêts théoriques, elle considère que le bailleur de fonds a droit à une rémunération conforme au risque sur le capital immobilisé ou devant être investi, d'une part pour la mise à disposition du capital et, d'autre part, pour le risque de perte encouru. Cette rémunération conforme au risque correspond à un taux d'intérêt calculé, le WACC, qui se calcule à partir de la somme du coût des fonds propres pondéré et du coût des capitaux étrangers pondéré. La rémunération conforme au risque a pour but de garantir que les entreprises investissent suffisamment de fonds propres et de capitaux étrangers pour pouvoir effectuer les investissements nécessaires (cf. art. 3 Directive 3/2012, art. 3 Directive 2/2018 ; Explications de l'Office fédéral de l'énergie relatives au calcul du taux d'intérêt calculé conformément à l'art. 13, al. 3, let. b, de l'ordonnance sur l'approvisionnement en

électricité [OApEl] pour l'année tarifaire 2020, publiée sur www.bfe.admin.ch > Page d'accueil > Approvisionnement > Approvisionnement en électricité > Loi sur l'approvisionnement en électricité > WACC - Taux d'intérêt calculé, page consultée le 8 août 2019 ; ATF 143 II 37 consid. 8.3, 138 II 465 consid. 8.6.2). Lors de la détermination de la prime de risque, il faut tenir compte que les risques liés aux réseaux de distribution et de transport sont nettement plus bas que ceux en rapport avec le commerce ou la production d'électricité (cf. Message LIE et LApEl, FF 2005 1493, 1538 sv. ; ATF 138 II 465 consid. 8.6.2 ; PETRIK-HALTINER, op. cit., p. 303 et les réf. cit. ; ch. 5.2 ch. m. 1, p. 35, SCCA – CH 2018). Pour les années 2009 et 2010, le WACC de la production, appliqué par l'ElCom sur les valeurs patrimoniales nécessaires à la production, soit les valeurs résiduelles des installations de production, s'élevait à 6.09% (cf. art. 3 Directive 2/2018, Directive 3/2019 de l'ElCom du 5 mars 2019, portant sur le WACC de la production, publiée sur www.elcom.admin.ch > Documentation > Directives, page consultée le 8 août 2019 ; ch. 3.3.1 ch. m. 100.2, p. 25, SCCA – CH 2018).

5.2.4.4 Quant à la recommandation SCCA – CH 2018, elle a pour objectif principal d'indiquer la marche à suivre pour calculer le montant des coûts d'approvisionnement de la fourniture d'énergie aux consommateurs finaux avec approvisionnement de base (cf. Introduction, p. 8, SCCA – CH 2018). Pour le calcul des tarifs de l'approvisionnement de base, l'AES préconise de prendre en compte, outre les coûts survenant dans le cadre de la production et les coûts liés aux contrats d'achat à long terme, tous les autres coûts supportés par une entreprise d'approvisionnement en énergie pour la réalisation des activités d'achat nécessaires, ainsi que des activités de prise en charge des consommateurs finaux avec approvisionnement de base et de la commercialisation correspondante (cf. ch. 2 ch. m. 1, p. 19, SCCA – CH 2018). En particulier, elle entend par coûts d'approvisionnement production, tous les coûts d'une centrale électrique aux bornes de la centrale et compte dans ceux-ci l'ensemble des coûts identiques aux charges, occasionnés directement ou indirectement par la production, les coûts calculés, tels que les coûts liés à la livraison d'énergie gratuite ou à tarif préférentiel, et les coûts calculés du capital liés aux actifs d'exploitation. Outre les coûts, l'AES recommande également la prise en compte d'un bénéfice approprié à chaque étape de la création de valeur ajoutée dans le calcul des tarifs de l'approvisionnement de base et est d'avis que celui-ci peut en principe être calculé de différentes façons en fonction de l'étape concernée. Concernant la rémunération appropriée du capital à

l'étape Production, elle conseille, comme pour le réseau électrique, l'utilisation du modèle WACC, reconnu par le régulateur et les entreprises (ch. 5.2 ch. m. 1, p. 35, SCCA – CH 2018).

5.3 Sur ce vu, il sied tout d'abord d'examiner si l'autorité inférieure a outrepassé sa compétence dans le cas concret (cf. consid. 5.3.1). Ensuite, il convient de déterminer si elle a à bon droit considéré que la recourante était soumise à la LApEl en ce qui concerne sa propre production d'électricité destinée à l'approvisionnement de base (cf. consid. 5.3.2) et si elle a violé la liberté économique ou la garantie de la propriété de cette dernière (cf. consid. 5.3.3). Finalement, il s'agit de déterminer si l'interprétation effectuée par l'ElCom de la notion de tarifs équitables est conforme à la loi (cf. consid. 5.3.4).

5.3.1 En l'espèce, l'ElCom a vérifié d'office si les tarifs de l'électricité 2009 et 2010 de la recourante pour les consommateurs finaux en approvisionnement de base étaient conformes à la loi (cf. consid. A.c). Elle était compétente pour effectuer cette vérification sur la base de l'art. 22 al. 2 lit. b LApEl. Par contre, la question de savoir si elle est intervenue à juste titre dans la marge d'appréciation de la recourante en réduisant ses tarifs ou si elle a outrepassé sa compétence dépend de l'interprétation donnée à la notion de tarifs équitables s'agissant du prix de vente de sa production d'électricité pour l'approvisionnement de base. En effet, si l'autorité inférieure a considéré à juste titre que cette partie du tarif était inéquitable et donc illicite, elle est intervenue à raison dans la marge d'appréciation de la recourante. Dans le cas contraire, elle n'était pas autorisée à le faire. L'interprétation de la notion de tarifs équitables sera traitée en détail ci-après (cf. consid. 5.3.4). Au surplus, contrairement à ce qu'allègue la recourante, le contrôle des tarifs de l'électricité par l'ElCom ne se limite pas à un contrôle des abus, tel qu'il serait effectué par la Surveillance des prix pour les marchandises et les services s'agissant d'accords en matière de concurrence et d'entreprises puissantes sur le marché (art. 1, 2 et 4 al. 2 LSPr) et tel qu'il était prévu par la LME (art. 15 al. 2 LME ; FF 1999 6741), rejetée en votation populaire le 22 septembre 2002 (cf. Arrêté du Conseil fédéral du 26 novembre 2002 constatant le résultat de la votation populaire du 22 septembre 2002, FF 2002 7264). En effet, les tarifs d'énergie pour les consommateurs finaux en approvisionnement de base sont entièrement soustraits à la libre concurrence, contrairement à ce que prévoyait la LME (art. 1 al. 1 LME), et sont exclusivement régis par la LApEl. La LCart n'est pas non plus applicable au présent cas, étant donné que le secteur de l'énergie pour les consommateurs finaux captifs est soustrait à la concurrence. Le rôle de l'ElCom dans le contrôle de ces tarifs se distingue donc de celui de

la Surveillance des prix – raison pour laquelle une autorité spécialisée en la matière a d'ailleurs été instituée – ce qui ne l'empêche pas de tenir compte des différents buts de la LApEl. Finalement, il convient de rappeler que la position de la Surveillance des prix aurait même été plus stricte que celle de l'ElCom concernant les coûts de gestion bénéfice inclus (cf. consid. A.e).

5.3.2 La recourante est gestionnaire d'un réseau de distribution et, à ce titre, est soumise à la LApEl, en particulier à l'art. 6 LApEl, même si elle est également productrice d'électricité. Le fait qu'elle soit soumise à la LApEl pour ces deux domaines n'a pas d'impact sur son obligation d'assurer l'indépendance de l'exploitation du réseau et de séparer ce secteur d'activité du secteur production d'électricité. Elle doit donc garantir l'approvisionnement électrique de base dans sa zone de desserte à des tarifs équitables, que l'électricité provienne de sa propre production, de contrats d'achat à long terme ou d'achats à court terme, au contraire des producteurs d'électricité et des négociants en électricité non gestionnaires d'un réseau de distribution. L'AES elle-même distingue entre ces deux cas de figure dans le SCCA – CH 2018. Par conséquent, c'est à bon droit que l'autorité inférieure a considéré que la recourante était soumise à la LApEl en ce qui concerne sa propre production d'électricité qu'elle vend aux consommateurs finaux en approvisionnement de base.

5.3.3 La recourante étant elle-même une commune, la question se pose dans quelle mesure elle peut se prévaloir de la garantie de la propriété et de la liberté économique, droits fondamentaux protégeant l'individu à l'égard de l'Etat. Quoiqu'il en soit, la recourante n'entre pas en concurrence directe avec un producteur d'électricité sans réseau de distribution. En effet, bien que l'activité de production et de vente d'électricité soit la même, un producteur sans réseau de distribution n'a pas la possibilité de vendre son électricité directement aux consommateurs finaux en approvisionnement de base. Ceux-ci sont fournis directement et uniquement par le gestionnaire de réseau dans la zone de desserte duquel ils se trouvent. Par conséquent, si leur offre est la même – soit la vente d'électricité produite par eux – le public auquel ils s'adressent est différent. Cette situation résulte justement du fait que les consommateurs finaux en approvisionnement de base n'ont pas accès au réseau ou y ont renoncé. Leur tarif pour l'électricité qu'ils consomment est soustrait à la libre concurrence. Pour éviter que le gestionnaire de réseau abuse de son monopole en la matière, ces tarifs sont soumis au contrôle étatique de l'ElCom qui doit vérifier d'office que ceux-ci sont équitables. Finalement, la garantie de la propriété ne protège pas le patrimoine de la recourante en tant que tel et la recourante

ne fait pas valoir d'atteintes à ses droits patrimoniaux concrets. Partant, pour autant que la recourante puisse se prévaloir de ces droits fondamentaux, la décision de l'autorité inférieure ne viole ni la liberté économique ni la garantie de la propriété de cette dernière.

5.3.4 Il s'agit à présent de déterminer si l'interprétation effectuée par l'ElCom de la notion de tarifs équitables est conforme à la loi.

5.3.4.1 Comme il a été vu, le texte de la loi n'est pas absolument clair et ne permet pas de déterminer si les tarifs de l'électricité pour les consommateurs finaux en approvisionnement de base doivent être fixés sur la base des coûts d'un gestionnaire de réseau ou en relation avec le prix du marché. Il ressort de la systématique et du but de la loi que la sécurité et, en particulier, la garantie de l'approvisionnement de base, titre du chapitre 2 et de la section 1 de la LApEl, sont des éléments centraux dans l'interprétation de l'art. 6 LApEl. Si les coûts de revient des gestionnaires de réseau sont plus élevés que le prix du marché, la tarification plébiscitée par la recourante mènerait à leur insolvabilité ou à leur faillite, tel que constaté par le Tribunal fédéral et remarqué par le Conseil fédéral, qui a supprimé la deuxième phrase de l'art. 4 al. 1 OApEl. Cependant, ces éléments centraux ne permettent pas encore de déterminer laquelle des deux méthodes doit être appliquée si, comme dans la présente cause, les coûts de revient sont plus bas que le prix du marché. En effet, dans ce cas, aucune des deux méthodes ne mettrait en danger la garantie de l'approvisionnement de base puisque les coûts de revient du gestionnaire de réseau seraient de toute façon couverts. Toutefois, il serait difficilement compatible avec l'équité que les gestionnaires de réseau de distribution puissent, d'une part, facturer leur production propre aux coûts de revient quand ceux-ci dépassent le prix du marché et, d'autre part, la facturer au prix du marché quand celui-ci est plus élevé que les coûts de revient. En effet, les tarifs doivent être équitables tant pour la recourante que pour les consommateurs finaux. Or, si les gestionnaires de réseau de distribution pouvaient choisir à leur guise quelle méthode appliquer en fonction de leur propre intérêt économique, les consommateurs finaux en approvisionnement de base, en particulier ceux captifs ne bénéficiant pas de l'accès au réseau, devraient toujours payer le prix le plus élevé, sans que cela ne soit justifié par la garantie de l'approvisionnement de base. Au contraire de la méthode de la recourante, celle de l'autorité inférieure permet aux gestionnaires de réseau de distribution non seulement de couvrir leurs coûts de production, même quand ceux-ci dépassent le prix du marché, mais également de profiter d'un bénéfice, tout en faisant bénéficier les consommateurs en approvisionnement de base lorsque les coûts de revient et le bénéfice équitable

du gestionnaire de réseau sont plus bas que le prix du marché. Par ailleurs, elle tient compte du marché en ce sens qu'elle comptabilise tant les contrats d'achat à long terme que les achats à court terme, allégués par la recourante (cf. consid. B.a.b), et permet de garantir l'approvisionnement de base. Il sied ici de relever que le Tribunal fédéral, s'il a constaté que l'art. 4 al. 1 OApEl n'était pas exhaustif et devait être complété dans un sens compatible avec la garantie de l'approvisionnement de base, a entériné l'approche basée sur les coûts, appliquée par l'autorité inférieure, en intégrant les coûts d'achats à court terme d'un gestionnaire de réseau dans le calcul des tarifs de l'électricité.

En outre, la séparation des activités, prévue par l'art. 10 LApEl, prévoit uniquement une obligation à la charge des entreprises d'approvisionnement en électricité d'assurer l'indépendance de l'exploitation du réseau et interdit les subventions croisées entre l'exploitation du réseau et les autres secteurs d'activités. Contrairement à ce qu'allègue la recourante, elle n'interdit pas le contrôle par l'autorité inférieure des tarifs de l'électricité en approvisionnement de base, ni ne donne d'indication sur la méthode applicable pour les calculer.

De la genèse de la LApEl, il ressort également la volonté du législateur de maintenir, dans la première phase d'ouverture du marché, le monopole des gestionnaires de réseau de distribution afin de garantir l'approvisionnement de base. Cependant, conscient des abus potentiels dans la fixation des tarifs liés à l'instauration d'un monopole, le législateur a également prévu une obligation de tenir une comptabilité par unité d'imputation afin que les distributeurs finaux puissent prouver, si besoin est, que les tarifs d'énergie se fondent sur les coûts effectifs. Si une telle obligation sert la transparence, c'est justement dans le but que les gestionnaires de réseau de distribution ne facturent pas aux consommateurs finaux en approvisionnement de base des tarifs excessivement élevés par rapport à leurs coûts de revient. Il convient ici de remarquer que l'AES elle-même préconise elle aussi, dans sa recommandation SCCA – CH 2018, une méthode fondée sur les coûts ainsi que sur la réalisation d'un bénéfice approprié.

5.3.4.2 Concernant les frais qui incomberont à la recourante pour sa concession pour sa centrale hydroélectrique à Lavey, les amortissements théoriques de cette installation de production sont pris en compte dans les coûts de capitaux imputables des installations de production et inclus dans la partie du tarif se rapportant aux coûts de production de la recourante. Au stade de la procédure de recours, la recourante ne critique pas l'amortissement linéaire effectué par l'autorité inférieure tenant compte d'un premier

amortissement directement dans l'année de mise en service (cf. consid. B.a.a). Les coûts qui incomberont à la recourante pour ses installations de production sont donc supportés proportionnellement par les consommateurs finaux en approvisionnement de base par le biais des tarifs d'électricité qui leur sont facturés (cf. consid. B.a.c).

Par ailleurs, contrairement à ce que soutient la recourante, l'approche de l'autorité inférieure n'est pas orientée purement sur les coûts mais prévoit également la rémunération appropriée du capital calculée par l'utilisation du modèle WACC, appliqué sur les valeurs résiduelles des installations de production. Le WACC production de 6.09%, utilisé par l'autorité inférieure dans le cas d'espèce (cf. consid. B.a.a), est supérieur de 1.54% au taux appliqué par l'ElCom au réseau pour 2009 et 2010 qui s'élevait à 4.55% pour les deux années sous procédure (cf. consid. B.b) et tient compte des risques plus élevés en rapport avec la production d'électricité que ceux liés aux réseaux de distribution et de transport. Contrairement à ce qu'allègue la recourante, cette méthode permet de déterminer les coûts de capitaux imputables, correspondant au risque de l'entreprise et, ainsi, de rendre compte d'un bénéfice équitable. Par ailleurs, en l'espèce, l'autorité inférieure accepte les intérêts théoriques sur les installations de production invoqués par la recourante (cf. consid. B.a.a).

5.3.4.3 Il ressort de la présente interprétation de l'art. 6 al. 1 LApEl, ainsi que de la jurisprudence susmentionnée, que la méthode cost-plus appliquée par l'autorité inférieure n'est pas contraire à la loi. Au contraire, la facturation par la recourante de sa production propre à un prix ([…] c./kWh en 2009 et […] c./kWh en 2010, cf. consid. 5.1.1.2), certes inférieur à ses propres coûts d'achat (cf. […] c./kWh en 2009 et […] c./kWh en 2010, cf. consid. B.a.b et 5.1.1.2), mais supérieur de plus de (…) pour cent à ses coûts de revient ([…] c./kWh en 2009 et […] c./kWh en 2010, cf. consid. B.a.a) mène, pour les raisons susmentionnées, à des tarifs d'électricité inéquitables pour les consommateurs en approvisionnement de base, sans que cela ne soit justifié par la garantie de l'approvisionnement de base. Elle viole l'art. 6 al. 1 LApEl. Par conséquent, c'est à bon droit que l'autorité inférieure est intervenue dans la marge d'appréciation de la recourante, en valorisant sa production propre à la somme des coûts d'exploitation imputables de ses installations de production, tels que déclarés par la recourante, et des coûts de capitaux imputables de ses installations de production, amortissements théoriques et intérêts théoriques sur les valeurs résiduelles des installations de production compris (cf. consid. B.a.a), et en réduisant en conséquence la partie de ses tarifs ayant trait à sa production propre.

5.4 Sur le vu de ce qui précède, le Tribunal retient que l'autorité inférieure s'est à bon droit fondée sur les coûts de l'approvisionnement en énergie imputables de la recourante pour calculer ses tarifs d'électricité pour l'approvisionnement de base pour les années tarifaires 2009 et 2010, et les a fixés à (…) francs pour l'année tarifaire 2009 et à (…) francs pour l'année tarifaire 2010. Son intervention dans la compétence tarifaire de la recourante était donc légale.

6.
À présent, il s'agit d'examiner si c'est à raison que l'autorité inférieure a appliqué sa règle dite des 95 francs pour fixer la partie des tarifs de l'électricité se rapportant aux coûts de gestion bénéfice inclus de l'énergie imputables de la recourante, destinés à l'approvisionnement de base, pour les années tarifaires 2009 et 2010 (cf. consid. 6.3). Il convient d'abord de présenter les arguments des parties (cf. consid. 6.1), puis de rappeler le droit applicable (cf. consid. 6.2).

6.1
6.1.1 La recourante fait valoir que dans le cas Centralschweizerischen Kraftwerke AG (CKW), le Tribunal fédéral devait uniquement examiner si la réduction des coûts de gestion effectuée par l'autorité inférieure à un montant de 150 francs, bénéfice inclus, par destinataire de facture était légale ou non. Selon elle, la question de principe de savoir si l'approche de l'ElCom de différencier les coûts de production de ceux de gestion ainsi que l'appréciation des coûts de gestion sur la base d'une méthode comparative simplifiée respecte la loi, ne faisait pas l'objet de la procédure. La recourante soutient que les art. 8 et 15 LApEl, sur lesquels se basent l'ElCom pour comparer l'efficacité des tarifs d'électricité, s'appliquent pour les tarifs d'utilisation du réseau mais non pour ceux de l'électricité. Pour ceux-ci, la recourante affirme qu'il n'y a pas de base légale dans la LApEl pour un contrôle des coûts de gestion sur la base d'une comparaison des coûts dans le cadre de l'approche cost-plus.

La recourante ajoute qu'il ne ressort pas de la décision attaquée d'après quels critères et quelle base de calcul la part de bénéfice doit être calculée pour être considérée comme équitable. Elle critique le fait que dans le cas CKW, cette dernière a pu bénéficier d'une part de bénéfice de 20 francs par destinataire de facture alors que ses coûts de gestion étaient près du double des siens et que, partant, le système utilisé par l'ElCom est empreint d'arbitraire. Selon elle, un tel régime opaque, imprévisible et schématique ne peut pas avoir été voulu par le législateur et n'offre pas une sécurité juridique suffisante, nécessaire pour les entreprises. De plus, la

recourante avance que l'équité d'un tarif complexe ne peut pas être établie à l'aide d'une méthode de comparaison tellement simplifiée et que l'équité d'un bénéfice ne peut pas dépendre pour l'essentiel de ce que les coûts de gestion ne dépassent pas un seuil de comparaison déterminé. Elle affirme que la valeur de comparaison ne peut pas être influencée par l'administré ou seulement marginalement et que, par conséquent, la part possible du bénéfice n'est pas prévisible et ne permet pas une activité entrepreneuriale orientée vers le futur. Elle en conclut que l'ingérence opérée par l'ElCom dans sa compétence tarifaire ne se fonde pas sur une base légale et que, partant, son procédé est illégal.

En outre, la recourante reproche à l'autorité inférieure de ne tenir compte des critères de comparaison prévus par l'art. 19 al. 1 OApEl ni dans son rapport de vérification, ni dans la décision attaquée. Elle précise que les coûts de gestion constituent aussi une composante des coûts pour les tarifs d'électricité et qu'une comparaison correspondante tombe sans autre dans le champ d'application du catalogue de critères prévu par cette disposition et ne permet pas une application à la carte de celle-ci. Elle est d'avis que la méthode de comparaison de l'ElCom ne correspond pas aux prescriptions de l'art. 19 al. 1 OApEl et est partant illégale.

6.1.2 Concernant la valeur imputable des coûts de gestion, l'autorité inférieure est d'avis que le Tribunal fédéral a confirmé que son approche était compatible avec l'art. 19 al. 1 OApEl. Elle affirme que cet article est une disposition d'exécution et non de délégation. Elle admet que la LApEl ne contient aucune règle concernant l'efficacité au niveau du secteur énergie et que la loi parle d'efficacité uniquement dans le contexte des coûts imputables du secteur réseau (art. 8 al. 1 et 15 al. 1 LApEl). Cependant, elle avance que le critère d'efficacité peut être déduit de la notion de tarifs équitables et qu'il n'existe pas de raison plausible qui serait contraire à son application, prévue par l'art. 4 al. 1 OApEl. Elle interprète l'art. 19 al. 1 OApEl comme lui donnant la compétence d'effectuer une comparaison de l'efficacité des coûts de l'énergie. En outre, l'autorité inférieure allègue que son système de comparaison n'est pas arbitraire mais schématique. Elle explique qu'il lui permet de concentrer ses ressources limitées sur la vérification détaillée des coûts de gestion de l'énergie des gestionnaires de réseau qui dépassent le seuil de 95 francs, bénéfice inclus. Elle précise qu'elle applique son schéma de la même façon à tous les gestionnaires de réseau. L'autorité inférieure indique que le WACC production tient compte d'un bénéfice sur les installations de production, alors que la règle des 95 francs tient compte d'un bénéfice plus global du secteur de l'énergie. Elle rappelle que les intérêts théoriques sur le FRN sont pris en compte dans

la règle des 95 francs et qu'il ne s'agit pas d'une composante supplémentaire du bénéfice. Elle précise que son calcul séparé servait uniquement à montrer que la règle des 95 francs conduisait à un bénéfice plus élevé pour la recourante qu'un calcul du bénéfice comme dans le réseau.

En outre, l'autorité inférieure est d'avis que les critères prévus par l'art. 19 al. 1, ph. 2 à 5, OApEl s'appliquent au réseau et non pas aux coûts de gestion ni au bénéfice de la fourniture d'énergie. Selon elle, ils ne sont pas adaptés à une comparaison de l'efficacité dans le domaine de l'énergie. Elle affirme que la « qualité de l'approvisionnement » n'est pas pertinente dans le domaine de la distribution d'énergie et que le terme des « coûts imputables » est utilisé par la LApEl uniquement dans le contexte du réseau, alors que, dans le contexte de l'énergie, l'art. 6 al. 1 LApEl parle de « tarifs équitables » et l'art. 4 al. 1 OApEl de « coûts de production ». Selon l'autorité inférieure, il va de soi que les critères sur lesquels les entreprises n'ont aucune influence ne peuvent pas être pris en compte s'ils n'ont pas d'influence sur les indicateurs utilisés. Elle est d'avis qu'ainsi, les coûts de gestion et le bénéfice de la fourniture d'énergie dépendent uniquement du nombre de destinataires de factures, d'autres critères structurels n'ayant pas d'impact sur ces derniers. Elle ajoute que les « valeurs de référence internationales » ne seraient d'aucune aide à la vérification de l'équité des tarifs, étant donné que celles-ci ne lui sont pas connues et que, même si elles l'étaient, elles ne seraient pas pertinentes, vu qu'elles concernent des niveaux de prix, des coûts de la vie et un cadre de règles différents. L'autorité inférieure soutient que dans le cas où elle serait néanmoins obligée de tenir compte de ces critères, un système de comparaison raisonnable serait impossible à développer. Finalement, elle relève que le non-respect de la règle des 95 francs par la recourante ne résulte pas du niveau de ses coûts de gestion mais du bénéfice excessif pris en compte.

6.2

6.2.1 L'art. 19 al. 1 OApEl prévoit qu'en vue de vérifier les tarifs et les rémunérations pour l'utilisation du réseau ainsi que les tarifs d'électricité, l'ElCom compare les niveaux d'efficacité des gestionnaires de réseau. Elle collabore pour cela avec les milieux concernés. Elle tient compte des différences structurelles sur lesquelles les entreprises n'ont pas de prise et de la qualité de l'approvisionnement. Dans la comparaison des coûts imputables, elle prend également en considération le degré d'amortissement. Son appréciation intègre des valeurs de référence internationales.

Dans le cas CKW, le Tribunal fédéral avait à juger si la méthode utilisée par l'ElCom pour juger des coûts de gestion de CKW pour la fourniture

d'énergie était conforme à la loi. Il a retenu que l'ElCom ne devait pas obligatoirement effectuer une comparaison de l'efficacité comprenant systématiquement l'entier des coûts mais qu'il était admissible qu'elle limite sa comparaison à certains éléments de ceux-ci et qu'elle ordonne leur diminution déjà sur la base de la comparaison d'un seul indicateur. Il a estimé que les différences structurelles et les circonstances étaient tout à fait prises en compte, dans une certaine mesure, par cette méthode reconnaissant des coûts de gestion imputables d'au maximum 150 francs par consommateur final, soit plus du double de la médiane de 74 francs. Il a considéré que, même si la méthode de l'ElCom était très forfaitaire et simplifiée, elle tenait néanmoins compte du fait que les coûts de chaque entreprise électrique n'étaient pas identiques en raison de différents facteurs et permettait dans une large mesure différentes structures de coûts. Notre Haute Cour a constaté que les coûts de gestion effectifs de CKW s'élevaient à environ 130 francs par consommateur final et que la méthode de l'ElCom lui permettait de réaliser un bénéfice d'environ 20 francs par consommateur final, soit au total 3 millions de francs arrondis, au lieu des 6.3 millions de francs revendiqués, considérés comme excessifs même en l'absence d'une définition abstraite du gain injustifié. Dans l'ensemble, le Tribunal fédéral a confirmé la légalité de la méthode appliquée par l'ElCom pour l'appréciation des coûts de gestion pour la fourniture d'énergie, tout en reconnaissant que d'autres méthodes étaient également imaginables (cf. ATF 142 II 451 consid. 6.3.1, 6.3.2, 6.4 et 6.5).

6.2.2 L'AES, quant à elle, préconise pour l'étape commercialisation de déterminer le bénéfice au moyen d'un supplément sur les coûts de revient pour une acquisition efficace pour l'approvisionnement de base. Elle conseille de ne pas appliquer le modèle WACC en raison de la faible intensité capitalistique de cette activité (ch. 5.2 ch. m. 1, p. 36, SCCA – CH 2018). Concernant la règle de l'ElCom des 95 francs, l'AES estime qu'une réduction des coûts et du bénéfice à 95 francs dans le cas de figure où les coûts seraient inférieurs à 95 francs mais le total supérieur à ce seuil pourrait conduire à des résultats incorrects. Elle considère que cela pourrait notamment être contraire au principe de l'égalité de traitement entre les entreprises d'approvisionnement en énergie affichant des coûts inférieurs à 95 francs et celles dont les coûts excèdent 95 francs, car ces dernières pourraient réaliser un bénéfice supérieur dans certaines circonstances (ch. 5.3 ch. m. 5, p. 36 sv., SCCA – CH 2018).

6.3 Contrairement à ce que la recourante affirme, l'autorité inférieure a clairement exposé dans la décision attaquée la méthode qu'elle utilise pour déterminer les coûts de gestion bénéfice inclus d'un gestionnaire de réseau

(cf. consid. B.b). En outre, dans le cas CKW, le Tribunal fédéral a confirmé que l'appréciation des coûts de gestion bénéfice inclus sur la base de la méthode développée par l'ElCom à partir de l'art. 19 al. 1 OApEl était conforme à la loi. Il a également admis que cette autorité contrôle l'efficacité uniquement des coûts de gestion, si ceux-ci lui paraissaient excessifs, sans devoir obligatoirement intégrer dans sa comparaison les coûts de production. Il a certes reconnu que la méthode utilisée par l'ElCom était très schématique et simplifiée. Cependant, sans trancher si les critères de la qualité de l'approvisionnement, les coûts imputables, le degré d'amortissement et les valeurs de référence internationales étaient également applicables aux coûts de gestion et au bénéfice de la fourniture d'énergie, le Tribunal fédéral a néanmoins considéré que la méthode de l'ElCom permettait de tenir compte des différentes structures de coûts et des circonstances de chaque entreprise électrique.

En l'espèce, l'autorité inférieure a retenu que les coûts de gestion par destinataire de facture en approvisionnement de base s'élevaient à (…) francs en 2009 et à (…) francs en 2010, ce que la recourante ne conteste pas dans la présente procédure. En appliquant la règle des 95 francs – dans le présent cas, plus généreuse que la seule prise en compte d'intérêts théoriques sur les actifs immobilisés de gestion et sur le fonds de roulement net de l'énergie – elle retient un bénéfice par destinataire de facture en approvisionnement de base de (…) francs en 2009 et de (…) francs en 2010, soit un bénéfice total de (…) francs, respectivement de (…) francs. Ce bénéfice est légèrement plus élevé en 2009 et plus d'une fois et demi plus élevé en 2010 par client final à celui admis par le Tribunal fédéral dans le cas CKW. Bien que les coûts de gestion de la recourante soient nettement plus bas que ceux de CKW pour l'exercice 2008/2009 et que, par conséquent, la première limite fixée à 95 francs lui soit applicable, le bénéfice qui lui a été reconnu par l'ElCom doit être considéré comme équitable en l'espèce. En effet, vu les circonstances, la recourante profite du fait que ses coûts de gestion soient relativement bas, étant donné que son bénéfice autorisé par destinataire de facture est supérieur à celui reconnu pour CKW.

6.4 Sur le vu de ce qui précède, le Tribunal retient que la méthode utilisée par l'autorité inférieure pour calculer la partie des tarifs de l'électricité se rapportant aux coûts de gestion bénéfice inclus de la recourante mène en l'espèce à des tarifs équitables tant pour celle-ci que pour ses consommateurs finaux en approvisionnement de base. Partant, leur fixation à (…) francs pour l'année tarifaire 2009 et à (…) francs pour l'année tarifaire 2010 peut être confirmée.

7.
Il sied à présent de répondre à la question de savoir si l'autorité inférieure a à juste titre statué que les excédents de couverture de l'énergie en approvisionnement de base de la recourante pour les années tarifaires 2009 et 2010 devront être remboursés aux consommateurs finaux conformément à sa Directive 1/2012 concernant les différences de couverture (cf. consid. 7.3). Pour ce faire, il convient de présenter les arguments des parties (cf. consid. 7.1) et de rappeler le droit applicable (cf. consid. 7.2).

7.1
7.1.1 La recourante est d'avis que le remboursement ordonné par l'autorité inférieure sur la base du système des différences de couverture n'a pas de base légale dans la LApEl. Selon elle, l'art. 22 al. 1 let. b LApEl donne à l'ElCom uniquement la compétence de réduire des tarifs ou d'interdire une augmentation de ceux-ci, mesures légales prévues pour le futur, mais ne lui permettent pas d'ordonner par après une diminution de tarifs prétendument excessifs utilisés dans le passé ni de disposer de remboursements correspondants par le biais de tarifs futurs. La recourante est d'avis que l'autorité inférieure ne dispose pas d'une compétence dans le sens d'une régulation *ex ante* et *ex post* et qu'une telle compétence n'est pas nécessaire car les art. 6 al. 3 et 12 LApEl et les art. 4 al. 2 et 10 OApEl imposent une obligation de motivation et de publication préalables pour les tarifs en question, offrant la possibilité à l'autorité inférieure de réagir en amont. Partant, elle remarque que la LApEl met à disposition de l'autorité inférieure les instruments nécessaires et adéquats pour résoudre le problème présumé par l'autorité inférieure. La recourante fait valoir que les tribunaux se sont uniquement penchés sur les différences de couverture concernant les tarifs pour l'utilisation du réseau dont la réglementation se distingue fondamentalement de la réglementation des tarifs de l'électricité. En outre, selon elle, une application par analogie des dispositions concernant les tarifs pour l'utilisation du réseau devrait être prévue expressément dans la loi, ce qui n'est pas le cas. Elle ajoute que l'art. 30 al. 2 LApEl permet au Conseil fédéral uniquement d'édicter des dispositions d'exécution, que l'art. 19 al. 2 OApEl n'est pas couvert par l'art. 190 Cst. et que sa constitutionnalité peut donc être contrôlée. Selon elle, le principe d'une compensation pour le passé, prévu par cette disposition et la Directive 1/2012 de l'ElCom, n'a pas de base légale dans la LApEl et, partant, les principes de la délégation législative ne sont pas respectés. Elle en conclut qu'il n'y a pas de base légale suffisante pour une telle ingérence dans ses droits fondamentaux.

La recourante allègue que, même si une telle compétence devait être reconnue, le remboursement ordonné par l'autorité inférieure ne pourrait pas

se baser sur l'art. 19 al. 2 OApEl car cet article ne se réfère qu'aux gains injustifiés et que l'ElCom n'a jamais précisé quels éléments des tarifs elle considère comme gain, ni quelle partie elle estime excessive. En effet, des coûts prétendument trop élevés ne mènent commercialement pas automatiquement à des gains injustifiés. En outre, la recourante avance que, si le tarif est réduit pour le futur, cela mène à d'importantes pertes de recettes et la contraint à maintenir son entreprise avec des revenus beaucoup plus faibles que ce qui est possible du point de vue économique. Elle affirme que l'intérêt public à la sécurité de l'approvisionnement ne peut pas être poursuivi si une entreprise d'approvisionnement en électricité ne peut plus assurer ses tâches à cause d'importantes obligations de compensation des années après. Elle affirme que cet intérêt public peut être atteint par le contrôle des tarifs actuels et futurs. Elle est d'avis que l'absence de planification possible et l'atteinte à la substance de l'entreprise ne peuvent être justifiées par aucun intérêt public. Selon elle, une telle compensation ne serait pas non plus exigible car l'ordonnance ne prévoit pas de limite temporelle déterminant jusqu'à quand dans le passé les tarifs peuvent être contrôlés et pour quelle durée une réduction des tarifs peut être ordonnée, ce qui crée une insécurité juridique. Par ailleurs, la recourante fait valoir qu'une réduction des tarifs n'est pas supportable pour le gestionnaire du réseau si les conditions cadres se sont entretemps modifiées ou selon l'ampleur de la compensation et critique le fait que la situation actuelle de celui-ci n'est pas prise en compte par l'art. 19 al. 2 OApEl. De plus, elle remarque que des paiements compensatoires ne profiteraient pas aux personnes concernées à cause de la modification de son portefeuille clients, dont la composition se renouvelle complètement tous les six ans, et que, partant, qu'une telle mesure n'est ni apte ni proportionnelle. Elle soutient que les clients finaux seraient mieux protégés par la voie civile.

Finalement, même si le système des différences de couverture devait être admis, la recourante argue que les intérêts avec le WACC prévus par la Directive 1/2012 sont dépourvus de toute base légale. Elle ajoute qu'un éventuel intérêt compensatoire ne peut pas être calculé sur la même base que la rémunération utilisée lors d'un calcul des investissements pour la mise à disposition d'un capital risque d'un investisseur professionnel. Elle affirme que les intérêts rémunératoires dans les relations régies par le droit public s'orientent aux intérêts sur le marché des capitaux pour des dépôts bancaires comparables. Elle soutient qu'un intérêt sur les différences de couverture ne peut pas intervenir dès 2009 ou 2010, ce d'autant moins que la décision a été rendue seulement plusieurs années plus tard.

7.1.2 L'autorité inférieure affirme que les différences entre les coûts estimés lors de la tarification et les coûts effectifs après le bouclement annuel doivent être compensés systématiquement par le biais des différences de couverture selon l'art. 19 al. 2 OApEl. Elle fait valoir que le système des différences de couverture, y compris le WACC comme taux d'intérêt applicable, a été confirmé par le Tribunal administratif fédéral à plusieurs reprises et par le Tribunal fédéral. Elle affirme que la reconnaissance de ce système par les tribunaux dans le cadre des tarifs du réseau confirme que celui-ci repose sur une base légale suffisante, applicable également aux tarifs de l'énergie. Concernant sa compétence de demander une restitution pour le passé, l'ElCom remarque d'une part que, dans le cas CKW, le Tribunal fédéral n'a pas remis en question ses compétences et que, d'autre part, le Tribunal administratif fédéral a admis sa compétence aussi bien pour ordonner une réduction des tarifs (vérification *ex post*) que pour interdire une augmentation de ceux-ci (vérification *ex ante*).

En outre, l'autorité inférieure constate que le renouvellement statistique de la population ne signifie pas qu'après six ans, aucun des habitants initiaux ne vit plus à Lausanne. Elle ajoute que le fait que les consommateurs finaux qui changent de zone de desserte ne puissent pas profiter d'une baisse tarifaire future est inhérent au mécanisme des différences de couverture. Elle précise que ceux-ci ne sont pas non plus touchés par d'éventuelles augmentations tarifaires futures relatives aux tarifs passés. Finalement, l'autorité inférieure est d'avis que l'art. 19 al. 2 OApEl prévoit la compensation par réduction tarifaire des gains injustifiés, dus soit à des tarifs d'utilisation du réseau soit à des tarifs d'électricité trop élevés, et qu'elle a suffisamment démontré les gains excessifs dans le cadre de la méthode des 95 francs.

7.2

7.2.1 Selon l'art. 22 al. 2 let. b *in fine* LApEl, l'ElCom peut ordonner une réduction ou interdire une augmentation des tarifs de l'électricité. Ses interventions d'office peuvent avoir lieu *ex post* (exiger une réduction des tarifs) ou *ex ante* (s'opposer à une augmentation ; cf. Message LIE et LApEl, FF 2005 1493, 1545 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3343/2013 du 10 décembre 2013 consid. 1.1.2.5). L'art. 19 al. 2 OApEl, qui codifie le système des différences de couverture, prévoit que l'ElCom 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 Directive 1/2012 de l'ElCom du 19 janvier 2012/13 juin 2013, sur les différences de couverture des années précédentes (publiée sur www.elcom.admin.ch Documentation > Directives > Archive Directives, page consultée le 8 août 2019) a été remplacée par la Directive 2/2019 de l'ElCom du 5 mars 2019, sur les différences de couverture du réseau et de l'énergie des années précédentes (publiée sur www.elcom.admin.ch > Documentation > Directives, page consultée le 8 août 2019). Ces deux directives précisent que les excédents de couverture réalisés dans le passé doivent être compensés par une réduction, dans le futur, des tarifs d'utilisation du réseau et des tarifs d'électricité et que des découverts peuvent également être compensés les années suivantes. Elles indiquent que, dans le cadre de la prise en considération des différences de couverture des années précédentes, les différences entre les coûts imputables et les revenus réalisés pendant une période de calcul sont compensées et que le calcul des différences de couverture doit être effectué lors de chaque exercice comptable. Finalement, la Directive 1/2012 spécifie que le solde ressortant du formulaire doit se voir appliquer le taux d'intérêt en vigueur et que le taux d'intérêt déterminant est celui valable pour l'année tarifaire dans laquelle est prise en compte la différence de couverture calculée. Ce point est clarifié dans la Directive 2/2019 qui précise que les soldes des différences de couverture ressortant des formulaires doivent se voir appliquer le taux d'intérêt correspondant au coût moyen pondéré du capital investi (WACC) en vigueur, que le DETEC fixe le WACC chaque année et que le taux d'intérêt déterminant pour les différences de couverture réseau et énergie est le WACC de l'année tarifaire suivante (t+2).

7.2.2 Le système des différences de couverture a été appliqué plusieurs fois pour les excédents et les découverts de couverture concernant les tarifs pour l'utilisation du réseau (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-2857/2013 du 21 octobre 2014, A-2830/2010 du 20 mai 2014 consid. 9.1, A-2222/2012 du 10 mars 2014 consid. 8.5.1 sv., A 2487/2012 du 7 octobre 2013 consid. 8.4.1 sv., A-5781/2011 du 7 juin 2013 consid. 5.2.2.1, chacun avec les réf. cit.). Le même mécanisme est applicable en cas de différences de couverture pour les tarifs de la fourniture d'énergie (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-321/2017 du 20 février 2019 consid. 12.6 ; PETRIK-HALTINER, op. cit., p. 300 n. 1526 ; SCHOLL, Elektrizität in : Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, ch. m. 13.73).

Il est admis que certains clients finaux ne bénéficient pas des remboursements parce qu'ils ont par exemple quitté la zone de desserte ou ont accédé au marché et, qu'à l'inverse, d'autres clients finaux qui n'étaient pas encore clients du gestionnaire de réseau en question en profitent. Il s'agit

des conséquences du système prévu (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-321/2017 du 20 février 2019 consid. 12.6). Dans le cas CKW, en lien avec la question de la qualité de partie de vonRoll casting ag, consommateur d'électricité de CKW, pour sa requête en fixation par l'ElCom du prix de l'électricité, le Tribunal fédéral a constaté que le fait que les gestionnaires de réseau doivent compenser pour l'avenir les excédents selon la Directive 1/2012 de l'ElCom ne supprimait pas le droit du client final à voir son litige tranché par celle-ci. Il a remarqué qu'en ordonnant de telles compensations, cette autorité ne tranchait pas sur des litiges individuels entre l'approvisionneur de base et le consommateur final et a reconnu qu'il était possible qu'un client ne profite pas à l'avenir de ces compensations, par exemple, s'il n'est plus dans l'approvisionnement de base ou ne perçoit plus d'électricité (cf. ATF 142 II 451 consid. 3.6.2).

De plus, le système des différences de couverture se justifie à des fins de liquidités et pour des raisons comptables. En effet, les coûts totaux effectifs d'un gestionnaire de réseau ne sont connus à chaque fois que l'année d'après. Dès lors, les tarifs fixés à l'avance ne valent que provisoirement pour la durée d'une année. La compensation définitive intervient les années suivantes par le système des différences de couverture, ce qui garantit la sécurité juridique (cf. PETRIK-HALTINER, op. cit., p. 235 sv. et les réf. cit.).

7.2.3 Concernant la méthode de calcul de l'intérêt applicable aux soldes des différences de couverture, le Tribunal fédéral retient que la procédure des différences de couverture a pour fonction de mettre les propriétaires de réseaux dans la même situation que si les valeurs correctes ont été appliquées dès le début. Le paiement d'intérêts sur le montant de la différence de couverture sert ainsi à compenser l'indisponibilité des moyens financiers pendant la durée du découvert et est, dans cette mesure, comparable à un intérêt rémunératoire ou à un intérêt moratoire. Il est donc justifié de ne pas utiliser le taux d'intérêt de l'année tarifaire et d'utiliser plutôt celui qui était valable pendant la durée du découvert ou de l'excédent. La méthode prévue dans la Directive 1/2012 tient compte de manière appropriée de la fonction différente de ces deux intérêts. Certes, cette méthode est également forfaitaire, ce qui doit cependant être accepté pour des raisons pratiques. Partant, la méthode de calcul des intérêts selon la Directive 1/2012 n'est pas illégale (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_1076/2014 du 4 juin 2015 consid. 4.3 et les réf. cit. ; PETRIK-HALTINER, op. cit., p. 232 sv.).

7.2.4 Quant à l'AES, elle entend par différence de couverture la différence, dans le calcul rétrospectif, entre les coûts d'approvisionnement effectifs (coûts réels) et le bénéfice équitable, d'une part, et les revenus réalisés (revenus réels), d'autre part. Dans le SCCA – CH 2018, elle se contente de citer la position de l'ElCom, tout en soulignant que la question de l'existence d'une telle obligation n'a pas été tranchée en dernière instance dans le cadre de la fourniture d'énergie. Elle indique également que, dans cette perspective, l'entreprise d'approvisionnement en énergie doit, à la date de clôture du bilan, inscrire au passif des revenus de l'approvisionnement de base les soldes pour lesquels il existe une obligation future de remboursement (excédents de couverture) ou, en cas d'incertitude, indiquer la possible obligation de remboursement sous la forme d'un passif éventuel (cf. ch. 6 ch. m. 1 à 4, p. 37, SCCA – CH 2018).

7.3 Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal retient que le système des différences de couverture, tel que décrit aux art. 19 al. 2 OApEl et dans les Directives 1/2012 et 2/2019, est fondé sur une base légale suffisante, soit l'art. 22 al. 1 let. b LApEl, et que l'autorité inférieure était donc compétente pour ordonner en l'espèce le remboursement par la recourante aux consommateurs finaux en approvisionnement de base des excédents de couverture de l'énergie pour les années tarifaires 2009 et 2010. La procédure pour vérification d'office des coûts et tarifs 2009 et 2010 pour l'énergie de la recourante ayant été ouverte par l'autorité inférieure le 12 octobre 2009 (cf. consid. A.a), la recourante était informée dès cette date-là d'une possible obligation de remboursement aux consommateurs captifs pour ces années tarifaires. Partant, elle pouvait, à la date de clôture du bilan, inscrire au passif des revenus de l'approvisionnement de base les soldes pour lesquels il existe une obligation future de remboursement (excédents de couverture) ou, en cas d'incertitude, indiquer la possible obligation de remboursement sous la forme d'un passif éventuel, tel que préconisé par l'AES, le calcul des différences de couverture devant être effectué lors de chaque exercice comptable.

Par ailleurs, il est pallié aux conséquences du système, qui ne permet pas de rembourser tous les clients finaux ayant payé un tarif de l'électricité trop élevé, par la reconnaissance d'un intérêt du consommateur final à voir son litige individuel en fixation du prix de l'électricité tranché par l'ElCom, indépendamment du fait que celle-ci vérifie d'office les coûts de l'énergie du gestionnaire de réseau de distribution. De cette manière, et non par la voie civile inapplicable en l'espèce (cf. consid. 5.2.1), il est tenu compte de l'inévitable modification du portefeuille clients des gestionnaires de réseau de distribution.

En outre, le Tribunal constate que l'autorité inférieure a suffisamment expliqué, s'agissant des coûts de gestion bénéfice inclus, d'une part, qu'elle considérait comme gain la différence entre les coûts de gestion effectifs de la recourante et 95 francs et comme gain injustifié la partie excédent ce montant et, d'autre part, que les coûts de la recourante n'étaient eux-mêmes pas excessifs puisqu'ils se situaient sous la limite des 95 francs (cf. consid. B.b). S'agissant des coûts de l'approvisionnement en énergie, l'autorité inférieure a également exposé à suffisance de droit les gains qu'elle estimait injustifiés (cf. consid. B.a). De plus, le Tribunal remarque que le système des différences des couvertures découle du fait que l'équité des tarifs de l'électricité est jugée à partir des coûts effectifs des gestionnaires de réseau de distribution, qui ne sont connus qu'une fois l'année pour laquelle les tarifs sont prélevés, fixés avant que celle-ci ne commence, est terminée. Il sert non seulement l'intérêt des consommateurs captifs à payer des tarifs équitables mais également l'intérêt des gestionnaires de réseau de distribution ainsi que l'intérêt public à la garantie et à la sécurité de l'approvisionnement de base puisqu'il permet à ces derniers de se voir rembourser d'éventuels découverts. Il offre aussi la sécurité juridique nécessaire aux entreprises d'électricité en ce sens que celles-ci peuvent compter sur le fait qu'elles verront leurs coûts et un bénéfice équitable payés par les consommateurs captifs, même si le tarif fixé d'avance s'avèrerait inférieur à ceux-ci.

Finalement, concernant la méthode de calcul de l'intérêt applicable aux excédents de couverture de l'énergie en approvisionnement de base pour les années tarifaires 2009 et 2010 de la recourante, l'autorité inférieure s'est à juste titre référée à sa Directive 1/2012, dont la légalité a été confirmée par le Tribunal fédéral. Le fait que la décision ait été rendue seulement plusieurs années plus tard ne change pas le fait que la recourante était informée dès le 12 octobre 2009 déjà d'une potentielle obligation de remboursement pour les années tarifaires sous revue et qu'elle a pu bénéficier des excédents de couverture pendant ce laps de temps. L'indisponibilité des moyens financiers doit être compensée aux consommateurs captifs pendant la durée du découvert.

7.4 Sur le vu de ce qui précède, le Tribunal de céans retient que l'autorité inférieure a à juste titre statué que les excédents de couverture de l'énergie en approvisionnement de base de la recourante pour les années tarifaires 2009 et 2010 devront être remboursés aux consommateurs finaux conformément à sa Directive 1/2012 concernant les différences de couverture.

8.
Enfin, après avoir présenté les arguments des parties (cf. consid. 8.1) et le droit applicable (cf. consid. 8.2), il s'agit de savoir si l'autorité inférieure a à bon droit mis à la charge de la recourante les émoluments pour la décision partielle attaquée et si leur montant était justifié (cf. consid. 8.3).

8.1
8.1.1 La recourante est d'avis que l'admission de son recours aurait pour conséquence qu'aucun frais de procédure de première instance ne peuvent être mis à sa charge et que, même si l'autorité inférieure pouvait prélever des frais de procédure, le montant de ceux-ci ne se justifieraient pas, étant donné que l'ElCom est elle-même responsable de la complexité et de la lenteur de la procédure. La recourante critique le fait que l'autorité inférieure se contente de donner une somme forfaitaire, sans motiver son montant, l'empêchant ainsi de les comprendre et de motiver son recours en connaissance de cause. En outre, elle reproche à celle-ci de ne pas préciser l'ordre de grandeur du montant supplémentaire engendré par la rédaction de deux décisions partielles.

8.1.2 L'autorité inférieure nie le fait que la suspension de la procédure ait causé des frais supplémentaires. Elle soutient que la rédaction de deux décisions partielles n'a entraîné que des surcoûts négligeables étant donné que le gros du travail consiste dans la vérification des coûts et que le contenu global est le même qu'il s'agisse d'une ou plusieurs décisions. Elle ajoute que les émoluments perçus avec la décision attaquée ne contiennent pas les frais concernant la qualité de parties des tiers mais reflètent les coûts effectifs pour son travail de vérification des tarifs. L'autorité inférieure explique qu'elle a calculé les émoluments en fonction du temps investi, soit 25 heures de travail à 250 francs l'heure, 28 heures à 200 francs l'heure et 426 heures à 180 francs l'heure, et qu'il ne s'agit pas de frais forfaitaires. Elle ajoute qu'elle a réparti les frais de manière transparente entre les différentes classes de fonction au sein de l'ElCom. Elle précise que la majorité des heures de travail et des coûts consiste dans les heures de travail des spécialistes, économistes et juristes, ayant conduit en détail la vérification des tarifs de la recourante, ce qui correspond à environ 50 jours ouvrables de travail. Compte tenu du fait qu'une vérification suppose qu'elle comprenne les structures financières et comptables de l'entreprise sous revue, tout comme les questions soulevées par la procédure de vérification, et vu l'ampleur de l'échange d'écritures et l'étendue des corrections appliquées, elle soutient que le temps dédié n'apparaît pas exagéré.

8.2 Les frais de la procédure devant l'instance précédente sont des taxes causales qui doivent respecter les principes de la couverture des coûts et d'équivalence (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-321/2017 du 20 février 2019 consid. 24.1 et les réf. cit.).

L'art. 21 al. 5 LApEl prévoit que les coûts de l'ElCom sont couverts par des émoluments et que le Conseil fédéral fixe les modalités. L'art. 13a let. a de l'ordonnance sur les émoluments et les taxes de surveillance dans le domaine de l'énergie (Oémol-En, RS 730.05) spécifie que l'ElCom perçoit des émoluments, notamment pour les décisions prises dans le cadre de l'approvisionnement en électricité. Lorsqu'aucun montant n'a été fixé dans l'annexe pour une décision donnée, l'émolument est calculé en fonction du temps investi. Son montant varie entre 75 et 250 francs l'heure selon la fonction occupée par les personnes en charge du dossier (art. 3 al. 2 Oémol-En). L'art. 1 al. 3 Oémol-En prévoit que l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments (OGEmol, RS 172.041.1) s'applique pour autant que l'Oémol-En ne contienne aucune réglementation spéciale. Selon l'art. 2 al. 1 OGEmol, toute personne qui provoque une décision est tenue de payer un émolument (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-321/2017 du 20 février 2019 consid. 24.2 et les réf. cit.).

8.3 En l'espèce, l'autorité inférieure était autorisée à percevoir auprès de la recourante des émoluments pour sa décision portant sur la vérification de ses tarifs de l'électricité pour l'approvisionnement de base pour les années tarifaires 2009 et 2010. Par ailleurs, aucun montant n'ayant été fixé dans les annexes de l'Oémol-En concernant ce domaine, elle a correctement calculé l'émolument en fonction du temps de travail réellement investi dans la cause et selon la fonction occupée par les personnes chargées du dossier. Le tarif horaire utilisé, entre 180 et 250 francs, est conforme à l'art. 3 al. 2 Oémol-En. Vu l'ampleur du dossier et des vérifications entreprises, les 479 heures de travail investies par l'autorité inférieure pour traiter ce dossier étaient justifiées. Par ailleurs, les corrections effectuées par l'autorité inférieure s'élèvent à plusieurs millions. D'importants intérêts économiques étaient donc en jeu. Pour ces raisons, la relation entre la valeur, respectivement l'utilité de la décision, et le montant des frais n'est pas manifestement disproportionnée. Partant, les émoluments mis à la charge de la recourante respectent le principe de l'équivalence. Sur le vu de ce qui précède, le Tribunal retient que l'autorité inférieure a à bon droit mis à la charge de la recourante les émoluments pour sa décision partielle attaquée et que leur montant de 88'530 francs était justifié.

9.
Pour résumer, le Tribunal retient tout d'abord que l'autorité inférieure ne devait pas accorder à la recourante l'accès aux données détaillées, à partir desquelles elle a fixé les coûts de gestion bénéfice inclus admissibles, et qu'elle n'a par conséquent pas violé le droit d'être entendu de cette dernière (cf. consid. 3.4). Ensuite, sur la base du droit matériel en vigueur lors de la décision de première instance (cf. consid. 4.2), le Tribunal juge que, s'agissant du calcul des tarifs de l'électricité pour l'approvisionnement de base pour les années tarifaires 2009 et 2010 de la recourante, l'autorité inférieure s'est à bon droit fondée sur ses coûts de l'approvisionnement en énergie imputables (cf. consid. 5.4), que la méthode utilisée pour calculer ses coûts de gestion bénéfice inclus mène en l'espèce à des tarifs équitables (cf. consid. 6.4) et qu'elle a à juste titre statué que les excédents de couverture de l'énergie devront être remboursés aux consommateurs finaux conformément à sa Directive 1/2012 concernant les différences de couverture (cf. consid. 7.4). Finalement, le Tribunal considère que l'autorité inférieure a correctement mis à la charge de la recourante les émoluments pour sa décision partielle attaquée et que leur montant était justifié (cf. consid. 8.3). Partant, le recours, mal fondé, doit être entièrement rejeté.

10.
Il demeure à examiner la question des frais et des dépens.

En application de l'art. 63 al. 1, 2 et 4bis lit. b PA, de l'art. 2 al. 1 et de l'art. 4 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), les frais de procédure, arrêtés en l'occurrence à 30'000 francs, sont, vu l'issue de la cause, mis à la charge de la recourante qui succombe. Ils sont prélevés sur l'avance de frais du même montant déjà effectuée.

La partie ayant obtenu gain de cause peut obtenir d'office ou sur requête une indemnité de dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF). Les autorités fédérales n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF). Vu l'issue de la cause, aucune indemnité de dépens ne sera allouée en l'espèce.

(le dispositif est porté à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est rejeté.

2.
Les frais de procédure de 30'000 francs sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est prélevé sur l’avance de frais déjà versée du même montant.

3.
Il n’est pas alloué de dépens.

4.
Le présent arrêt est adressé :

– à la recourante (Acte judiciaire)
– à l'autorité inférieure (Recommandé)
– au Secrétariat général du DETEC (Acte judiciaire)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège : La greffière :

Jérôme Candrian Johanna Hirsch-Sadik

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :