

# Arrêt du Tribunal Fédéral du 20 juillet 2016

*Quel nouveau marché de l'électricité l'arrêt du Tribunal Fédéral esquisse-t-il ?  
Comment s'y positionner ?*



E-CUBE STRATEGY CONSULTANTS

**LEXPUBLICA.**  
BUREAU D'AVOCATS

LEXPUBLICA

SEPTEMBRE 2016

# Arrêt du Tribunal Fédéral du 20 juillet 2016

## *Quel nouveau marché de l'électricité l'arrêt du Tribunal Fédéral esquisse-t-il ? Comment s'y positionner ?*

### Résumé

Le 20 juillet 2016, le Tribunal fédéral (TF) s'est prononcé sur les coûts de l'électricité que les distributeurs peuvent imputer sur leurs clients captifs. Il a aussi fixé la légalité de la méthode de calcul du régulateur qui consiste à ventiler les coûts de production propre et d'achats sur le marché tant sur les consommateurs captifs (approvisionnement de base) que sur les clients en marché ouvert (plus de 100 MWh annuels de consommation).

En 2009, les prix de revient du parc de production suisse était substantiellement plus bas que le prix de marché. Cela a amené différents grands consommateurs pouvant faire valoir leur accès au marché à exiger de leur fournisseur historique de rester sous le tarif applicable aux clients captifs. L'entreprise Von Roll avait ainsi exigé, en 2009, d'être approvisionnée au tarif des clients captifs par son fournisseur, CKW. Cela a amené le TAF (Tribunal administratif fédéral) puis le TF à se prononcer sur la question.

### Le Tribunal Fédéral fixe plusieurs principes dans son arrêt

#### 1. Il est interdit de comptabiliser en priorité la production propre à la charge du marché non libre.

Il ne ressort ni de la loi, ni des travaux parlementaires que la production propre devrait être en première ligne attribuée à la consommation sur le marché non libre<sup>1)</sup>. Le TF interdit ainsi de faire supporter les coûts de la production propre entièrement aux clients non libres (cons. 5.2.6).

#### 2. Il est impératif que le tarif non libre tienne aussi compte des achats sur le marché libre, qu'ils soient meilleur marché ou plus chers.

Le tarif des clients non libres doit impérativement tenir compte à la fois du prix de la production propre (si elle existe) et du coût des achats sur le marché libre. Ce principe s'applique même s'il entraîne une perte pour le fournisseur (cons. 5.2.6) et même s'il implique un surcoût pour le consommateur final (cons. 5.2.8). Ce principe implique la prise en compte des contrats d'achat à court terme pour le calcul du tarif des consommateurs captifs.

#### 3. Le principe de la séparation stricte des comptabilités

Le principe de la séparation stricte des comptabilités ne fait pas obstacle à la prise en compte proportionnée des contrats d'achat dans la fixation des tarifs des consommateurs captifs.

#### 4. Les ordonnances du Conseil fédéral ne peuvent pas modifier les principes fixés la LApEI ni porter atteinte à des principes constitutionnels.

La délégation législative contenue dans la LApEI qui autorise et invite le Conseil fédéral à édicter les ordonnances d'application nécessaires doit être interprétée très restrictivement. Le Conseil fédéral ne dispose d'aucune marge de manœuvre, ses ordonnances ne peuvent ni élargir, ni compléter, ni remanier les principes fixés par la LApEI (cons. 5.2.7.1, not. art. 4ss et 30 al. 2 LApEI). Il n'existe ainsi pas de délégation législative mais une simple délégation d'exécution. Seul le Parlement pourra modifier éventuellement le système légal actuel.

De même, lors de l'exécution de la LApEI, le Conseil fédéral ne saurait être autorisé à porter atteinte à des droits constitutionnels, comme par exemple l'approvisionnement énergétique suffisant (art. 89 et 164 Cst).

1) non libre : captif et libre ayant renoncé à l'accès au marché libre

## Des conséquences potentielles très concrètes pour les énergéticiens à court terme

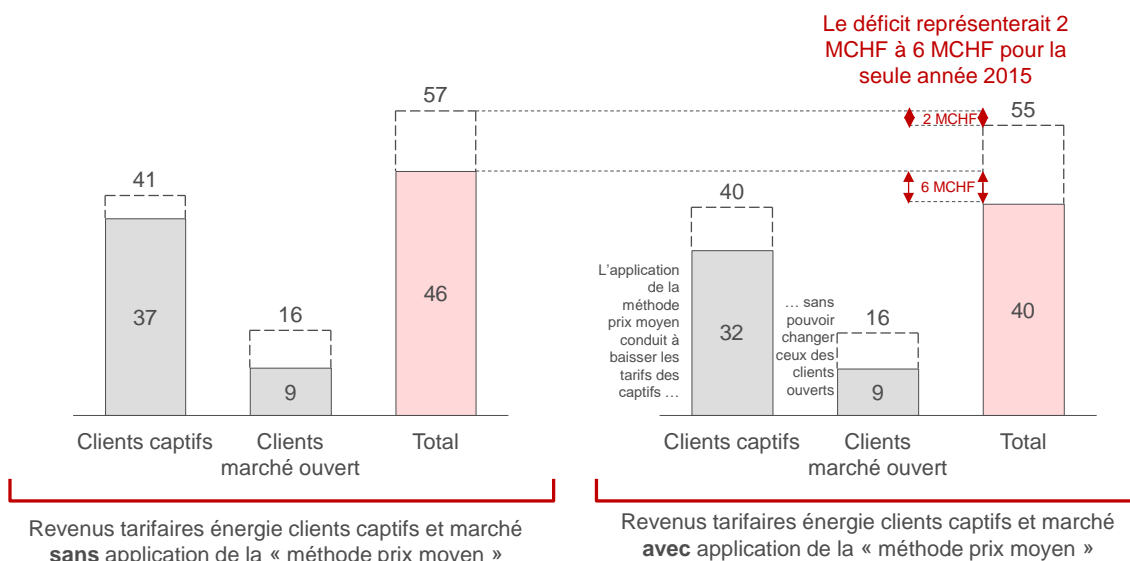
Pour les énergéticiens desservant des clients captifs, cet arrêt sous-tend deux conséquences à court terme.

L'EiCom a très rapidement communiqué sur ce que devrait être la **première conséquence** de cet arrêt : la correction sur cinq années des tarifs en appliquant la méthode des « prix moyens » et le remboursement des surfacturations. Dans son acception la plus large – c'est-à-dire un remboursement de l'ensemble des clients ayant souscrit à un tarif régulé, qu'ils consomment plus ou moins de 100 MWh – l'impact serait majeur.

A titre d'illustration, pour **une Entreprise d'Approvisionnement en Energie (EAE) distribuant 1 TWh**, dont 70% à des clients captifs, et disposant de 500 GWh de production propre, cela représente un **remboursement de 2 MCHF à 6 MCHF pour la seule année 2015**. La fourchette d'incertitude est notamment liée à la stratégie de couverture et des coûts de production propre. Comme il n'apparaît pas vraisemblable que les EAE puissent rétroactivement augmenter les prix de leurs clients en marché ouvert en leur appliquant une méthode de « prix moyen », ce remboursement constituerait une perte sèche pour les EAE.

Illustration 1 : Pertes tarifaires liées à une application à la lettre de la « méthode des prix moyens » [MCHF ; 2015]

Analyse pour une Entreprise d'Approvisionnement en Energie (EAE) distribuant 1 TWh, dont 70% à des clients captifs, et disposant de 500 GWh de production propre<sup>1)</sup>



1) Les hypothèses de prix de marché et production propre sont issues de la base de données E-CUBE Strategy Consultants

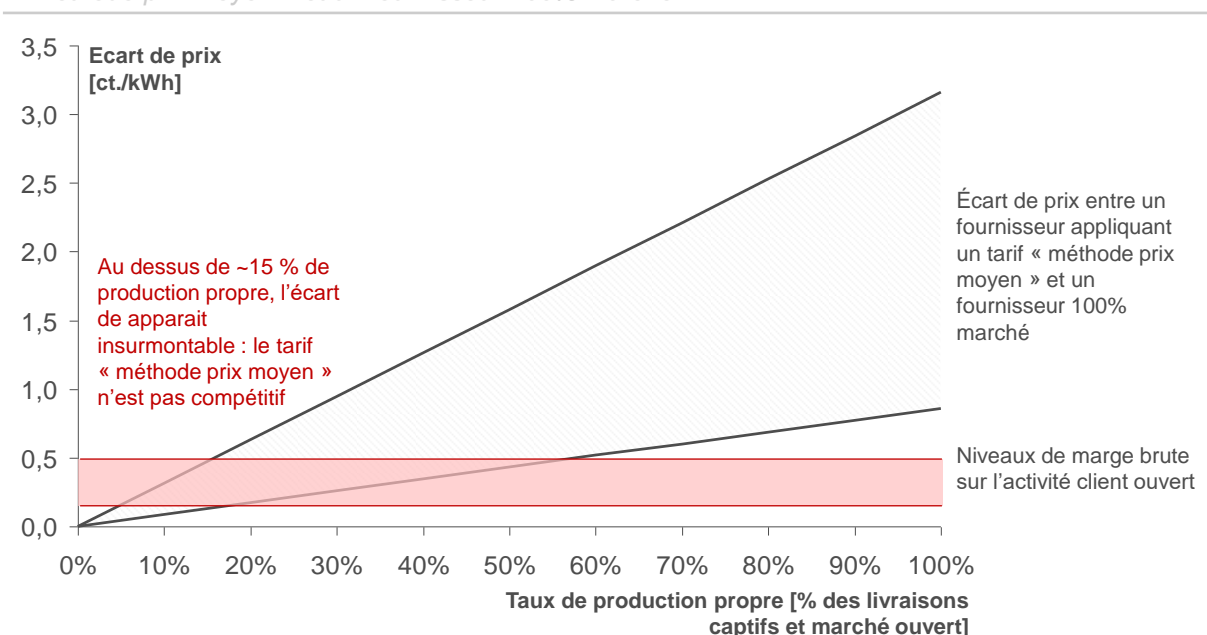
A l'échelle de la Suisse, **l'impact de ces remboursements pourrait représenter plus de 200 MCHF pour l'année 2015** – moins pour les précédentes et plus pour les suivantes (2016, 2017) compte tenu de la baisse continue des prix de gros. Cela correspond à une réduction du chiffre d'affaires de la chaîne de valeur production-commercialisation de plus 5%, deux fois plus que le soutien à la grande hydro-électricité.

Limitier cet impact demanderait de rentrer dans la modalité d'application de la méthode du « prix moyen », sa technique juridique et économique. Sans aller plus avant dans l'analyse, il s'agirait par exemple de démontrer que le produit livré aux clients captifs est différent de celui livré aux clients marché ouvert : qualité (ex : hydroélectrique suisse), profil, prévisibilité, sécurisation des prix sur le long terme...

La deuxième conséquence est une remise en cause de la conduite de front d'une activité de commercialisation régulée avec une activité marché libre.

La commercialisation en marché libre étant très concurrentielle, la marge de manœuvre pour appliquer un « prix moyen » est quasi-nulle, les clients préférant un fournisseur répliquant le prix du marché de gros. Hors, conduire cette activité devrait impliquer une baisse du prix sur les clients captifs. **Seuls les acteurs avec une part de production propre (ou contrats-long terme) très faible (moins de 10%) pourraient disposer à la fois d'un portefeuille libre et d'un portefeuille captif.**

Illustration 2 : Ecart de prix pour un client en marché ouvert entre un fournisseur appliquant un tarif « méthode prix moyen » et un fournisseur 100% marché



Pour les autres se pose la question de la stratégie à engager :

- Gestion du risque juridique lié à cet arrêt et pari sur une évolution législative de la LApEI (Loi sur l'approvisionnement en électricité) : L'arrêt rappelle que les ordonnances du Conseil fédéral ne peuvent pas modifier les principes de la loi. Dans les faits cela donne une marge de manœuvre très limitée sans passage au parlement, solution qui donnerait une dimension toute autre au dossier. A base légale constante, l'arrêt maintient cependant une certaine incertitude juridique notamment sur l'application en détail des méthodes de calcul ou encore la différenciation des produits livrés entre clients captifs et marché – à ce titre le développement des produits verts pourrait être dynamisé. On ne peut exclure à date de nouvelles procédures judiciaires sur le sujet ;
- Cessation ou cession de l'activité de commercialisation aux clients en marché ouvert : L'objectif serait de préserver l'activité de commercialisation auprès des clients captifs en cédant une activité qui génère aujourd'hui des marges très faibles voire nulles. Certains distributeurs ont renoncé à la commercialisation en marché ouvert bien avant la publication de cet arrêt (complexité, zone de desserte trop limitée pour atteindre la masse critique, espérance de marges très faibles ...). Si à court terme cette stratégie peut apparaître viable d'un point de vue purement économique, elle fait peser le risque stratégique de perdre ou ne pas développer les compétences de commercialisation qui seront nécessaires dans une perspective d'ouverture complète du marché. Elle risque aussi de péjorer les économies d'échelle sur l'activité de gestion de l'énergie ;
- Séparation comptable en créant une filiale de commercialisation aux clients en marché ouvert : Il s'agirait de se renforcer par rapport au risque juridique, mais la question de la

résilience face à l'arrêt du TF se pose. Si la filiale est sous contrôle de sa maison mère, elle reste très exposée aux principes décrits dans l'arrêt ;

- Passage d'une activité de commercialisation à une activité de courtage pour les clients ouverts : Plutôt que de vendre de l'électricité en « full-supply », des services pourraient être proposés : accès marché, fermetures de position sur le marché de gros, gestion du groupe bilan, produits de gestion du risque marché ... L'objectif serait de ne plus entrer dans le cadre d'application de cet arrêt tout en conservant une relation avec les clients. Cette approche qui vise un amincissement de la frontière entre activité de « trading » sur le marché de gros (qui implique une forte rotation des volumes) et commercialisation aux clients en marché ouvert, serait d'autant plus adaptée que le client est grand ;
- *Joint-venture* avec d'autres acteurs : Par rapport à une filiale créant une séparation comptable artificielle, on a ici une justification économique de mise en commun d'une activité notamment pour des effets d'échelle. Les distributeurs disposent généralement de structures au travers de participations ou partenariats, qui pourraient être des récipients naturels de cette activité : structure dédiée à la gestion et approvisionnement de l'énergie, structure dédiée à des prestations back-office (ex : call-center), structure dédiée aux services multimédias et télécoms. Chacune de ces structures peut constituer une option pertinente par rapport aux synergies avec la commercialisation aux clients en marché ouvert : équipes commerciales, *pricing* d'offres par rapport au marché de gros, développement de services à valeur ajoutée de type gestion de la demande.

Quelles que soient les stratégies mises en œuvre, cet arrêt fragilise le positionnement des acteurs disposant de clients captifs sur le marché de gros et d'une activité de commercialisation auprès des clients en marché ouvert. Cela pourrait constituer une opportunité pour les acteurs sans clients captifs (producteurs, pur commercialisateurs) pour se repositionner avantageusement sur ce marché.

*Illustration 3 : Eléments stratégiques à prendre en compte face à la remise en cause de la conduite de front d'une activité de commercialisation régulée avec une activité de marché libre*



## L'arrêt ne fixe pas avec certitude une méthode de calcul et pourrait être suivi par d'autres procédures judiciaires

Le TF ne valide pas de méthode de calcul claire avec certitude. Dans son arrêt, le TF fixe des principes qu'il tire de la loi, tout en interdisant au Conseil fédéral d'y déroger par Ordonnance. Cependant, le TF ne présente pas de formule de calcul précise et définitive qui serait applicable de manière générale à tous les cas concrets.

Le TF se contente de constater que dans le cas traité, la méthode qui consiste à reporter à charge des consommateurs captifs certains coûts d'achat plus élevés que les coûts de production internes, n'est pas critiquable et ne nécessite pas d'être corrigée.

Cela laisse ouverte la question du mode de calcul précis à mettre en œuvre pour répercuter, le cas échéant, les bénéfices d'un accès au marché libre sur le tarif des consommateurs captifs.

Finalement, le TF laisse clairement entendre que l'EICOM et a fortiori le TF ne sont pas compétents pour fixer une méthode de calcul des tarifs mais uniquement pour vérifier, in casu, sa conformité avec le droit. Cela laisse une marge de manœuvre aux fournisseurs pour déterminer leur tarif applicable à l'avenir.

Enfin, l'interprétation de la LApEI, et en conséquence de l'arrêt, est rendue particulièrement complexe par l'évolution du contexte sur le marché de l'électricité. Le législateur a construit cette loi alors que le prix du marché de gros était significativement supérieur aux coûts de la production suisse. Dans ce contexte, le législateur n'a-t-il pas clairement voulu ne faire profiter le consommateur captif que des avantages et non des inconvénients de l'ouverture du marché ?

A plusieurs reprises, le TF retient que les bases légales ne sont pas existantes ou insuffisantes, tantôt pour imputer, en première ligne, les frais de production propre aux consommateurs captifs tantôt pour refuser une imputation spécifique du coût réel de la consommation d'un consommateur final. Les conséquences de cette absence de base légale ne sont pas réellement discutées. Ainsi l'incertitude juridique sur ce dossier reste présente et pourrait voir d'autres procédures judiciaires suivre avec des issues différenciées.

Les principes que cet arrêt retient auront des conséquences majeures sur la structuration de l'offre des fournisseurs s'adressant aux consommateurs finaux et imposent d'ores et déjà à ces fournisseurs la nécessité de mener des réflexions stratégiques, afin de pouvoir fixer des tarifs à la fois concurrentiels et légalement robustes pour ainsi éviter que ces tarifs ne soient corrigés a posteriori par l'EICOM.

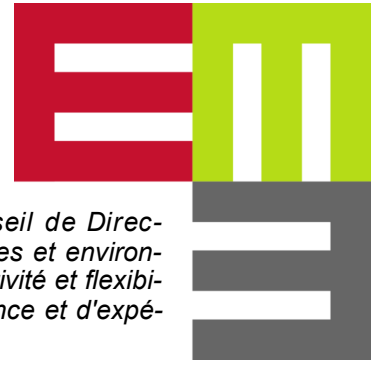
Cet arrêt ouvre la voie de correction de tarifs à grande échelle avec des conséquences économiques importantes pour les acteurs du marché.

### A propos des auteurs

**Nicolas Charton** est Associé au sein du bureau lausannois d'E-CUBE Strategy Consultants.

**M<sup>e</sup> Bernard Ayer** est avocat au sein du bureau d'avocats LexPublica, spécialisé en droit des affaires publiques.

Pour toute information sur cette publication : [@e-cube.com](mailto:nicolas.charton)



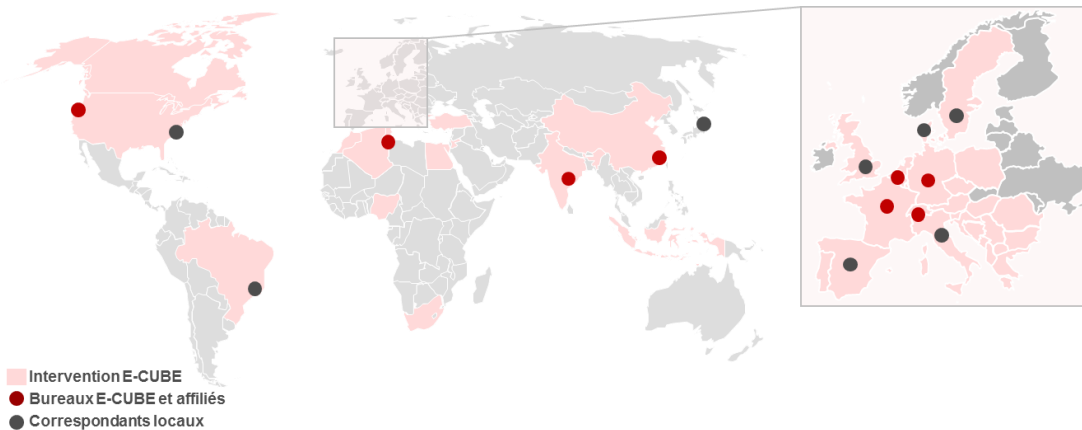
**E-CUBE Strategy Consultants** est un cabinet de conseil de Direction Générale exclusivement dédié aux enjeux énergétiques et environnementaux. Nous combinons les atouts de proximité, réactivité et flexibilité d'une petite équipe avec le plus haut niveau d'excellence et d'expérience d'une équipe internationale

Nos trois domaines d'expertise :

- **Energie et Environnement** : accompagner les énergéticiens (électriciens et gaziers, compagnies pétrolières, acteurs des filières Energies Renouvelables) dans l'anticipation et la prise en compte de l'évolution de leur environnement marché, réglementaire, concurrentiel et technologique. Assister les acteurs privés et publics dans la réévaluation de leur stratégie afin d'intégrer les enjeux et les opportunités d'une "nouvelle donne" énergétique et environnementale.
- **Mobilité** : accompagner les acteurs de l'automobile, du ferroviaire, du transport aérien, du shipping et de la logistique dans le cadre de leurs projets stratégiques (Corporate, M&A), réglementaires et opérationnels. Accompagner les leaders de l'industrie dans la réévaluation de leur stratégie afin d'intégrer les enjeux du digital et les opportunités d'une "nouvelle donne" énergétique et environnementale.
- **Infrastructures** : conduire des projets de stratégie de croissance ou d'amélioration de la performance pour des gestionnaires et opérateurs d'infrastructures. Assister les fonds d'investissement dans leurs acquisitions et prises de participation.

E-CUBE Strategy Consultants accompagne ses clients sur des problématiques globales à partir de ses bureaux et affiliés, ainsi que de ses correspondants locaux

Pour plus d'informations, veuillez visiter [www.e-cube.com](http://www.e-cube.com)



<b>Lausanne (Suisse)</b> E-CUBE Strategy Consultants Avenue de Rumine 33 CH - 1005 Lausanne	<b>Paris (France)</b> E-CUBE Strategy Consultants 350, rue Saint-Honoré 75001 PARIS	<b>Bruxelles (Belgique)</b> Rue des Champs 64 Bte 14 B-1040 Bruxelles	<b>Munich (Allemagne)</b> bozem   consulting associates   munich Kunstmann Straße 5 80997 München
<b>San Francisco (USA)</b> Menlo Energy Economics 1925 Nero Ct Walnut Creek, CA 94598	<b>Tunis (Tunisie)</b> International Energy Consulting 4 rue Bir Essaboa, Cité Ennasr 2 2037 - Ariana - Tunis	<b>Chennai (Inde)</b> E-CUBE Strategy Consultants Plot 64, 2nd link street, Nehru Nagar, O.M.Road, Thiruvanniyur, Chennai	<b>Hong Kong (Chine)</b> E-CUBE Strategy Consultants Unit 1305, Tower II, Metroplaza, 23 Hing Fong Road, Kwai Fong, N.T. Hong Kong

New York - Sao Paulo - Londres - Madrid - Copenhague - Milan - Stockholm - Tokyo

LAUSANNE - PARIS - BRUXELLES - MUNICH  
TUNIS - SAN FRANCISCO - CHENNAI - HONG KONG



[www.e-cube.com](http://www.e-cube.com)