

# **CH\_VB 2004-2391 1493 vom 17. Juni 2003**

Bundesverwaltung, 2003-06-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_2004-2391\\_1493\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_2004-2391_1493_)

FR: CH\_VB 2004-2391 1493 du 17 juin 2003

IT: CH\_VB 2004-2391 1493 del 17 giugno 2003

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Conséquences 1555

#### **E. 3.1**

Conséquences pour la Confédération Les conséquences financières résultant des projets seront minimales pour la Confédération. Les seules conséquences financières relèvent de la Commission de l'électricité, qui se composera de cinq à sept experts et d'un secrétariat. Il est permis de supposer que les travaux de clarification des services spécialisés nécessiteront 10 à

#### **E. 3.2**

Conséquences pour les cantons et les communes Les projets n'auront pas de conséquences financières directes sur les cantons et les communes. Le capital social des EAE appartenant à plus de 50 % aux cantons et à raison d'environ 31 % aux communes, ils sont les uns et les autres intéressés à voir une industrie de l'électricité florissante. Etant donné que la modification de la LIE et la LApEl garantissent précisément le maintien, à moyen et à long terme, du rôle de la Suisse en tant que plaque tournante de l'électricité, on peut s'attendre à des effets financiers généralement positifs pour les cantons et les communes. Les cantons et les communes auront comme auparavant la possibilité de percevoir des taxes. En 2002, 360 millions de francs ont été perçus sous forme d'impôts directs et 479 millions de francs sous forme de redevances hydrauliques et redevances de concession. L'industrie de l'électricité représente en outre un employeur important dans toutes les régions de la Suisse.

#### **E. 3.3**

Conséquences économiques

##### **E. 3.3.1**

Conséquences pour les divers groupes sociaux Avec l'apparition d'une situation de concurrence, l'industrie de l'électricité s'orientera davantage sur les besoins des clients. Un avantage supplémentaire pour les clients résidera dans les nouveaux produits et services introduits en raison du libre choix du fournisseur par les consommateurs finaux. Alors que, dans le cadre du monopole, les investissements dans les capacités de production pouvaient être répercutés pratiquement sans restriction sur les consommateurs en tant que partie de l'ensemble des frais, le marché ouvert encouragera à éviter les coûts inutiles. La modification de la LIE ainsi que la LApEl entraînent des dépenses de régulation pour l'Etat et les exploitants de réseau. Ces facteurs d'augmentation des prix seront largement contrebalancés par des éléments tendant, eux, à réduire les prix. En raison de la séparation des positions pour «utilisation du réseau» et la «fourniture

1556 d'énergie» lors de la facturation et de la possibilité qui en découlera de comparer les rétributions de l'utilisation du réseau, les taxes versées aux collectivités et le prix de l'énergie, il faut s'attendre à une meilleure prise de conscience des coûts. Par ailleurs, la réunion de zones de réglage se traduira par la mise en commun de capacités de réserve, ce qui permettra de mettre sur le marché des capacités d'une grande valeur qualitative et de générer une plus-value économique. Dès l'entrée en vigueur de la LApEl, les commerces et les industries auront la possibilité de négocier de meilleurs contrats de fourniture grâce à la transparence accrue. Le libre choix constitue une possibilité importante d'optimiser les facteurs de production et d'améliorer ainsi la compétitivité, notamment pour les entreprises axées sur l'exportation et présentant une part importante de coûts d'énergie. Les ménages profiteront, dans la première phase d'ouverture partielle du marché, du libre choix de leur EAE. Les tarifs auront tendance à baisser, même sans accès au réseau, étant donné que la séparation des positions (utilisation du réseau, taxes versées collectives et prix de l'énergie) lors de la facturation, permettra de faire des comparaisons. Pour les gestionnaires de réseau de distribution l'introduction d'une comptabilité analytique lors de l'entrée en vigueur de la LApEl signifie un effort initial. La transparence acquise ainsi est indispensable pour l'utilisation régulée du réseau et elle apportera à l'EAE, et surtout au consommateur final, une amélioration. Les entreprises de distribution devront revoir leur stratégie et choisir la partie de leurs activités qu'elles entendent maintenir ou renforcer, et le domaine dans lequel une collaboration ou un transfert sera utile. Une des forces des gestionnaires de réseau de distribution réside dans leur efficacité sur le plan de la construction et de la maintenance du réseau. Ce domaine régulé n'est pas soumis à la concurrence et comporte des risques minimaux. Une autre force des gestionnaires de réseau de distribution est leur proximité au client pour les conseils, les questions de métrologie et les questions de facturation, avantage dont ils peuvent profiter soit seuls, soit en coopération avec d'autres gestionnaires de réseau de distribution. L'acheminement d'énergie aux ménages (durant la première étape de l'ouverture) ou aux consommateurs finaux MAG (ménages ayant renoncé à l'accès au réseau pour la 2e étape) est une tâche définie par la loi qui relèvera de la responsabilité des gestionnaires de réseau de distribution. Ils pourront engager un tiers par contrat pour fournir l'énergie à ces clients. Il est aussi envisageable, pour la fourniture d'énergie à ces consommateurs, de créer ou de développer dans ce domaine des structures propres pour la gestion de portefeuille ou de risques, ou de proposer ce service à d'autres entreprises de distribution en profitant d'effets d'échelle. Dans le cadre du nouveau système pour le commerce transfrontalier d'électricité, système introduit dans l'espace européen avec l'entrée en vigueur et la mise en œuvre du règlement 1228/2003, la participation à la péréquation des frais de transit revêtira une grande importance notamment pour les propriétaires du réseau de transport. Afin de garantir un échange d'électricité sûr avec les pays limitrophes et la sécurité d'approvisionnement en Suisse, il importera de trouver une réglementation matériellement correcte et équitable pour les droits revenant à la Suisse de disposer de capacités de transport transfrontalières. Comme la Suisse poursuit une solution compatible avec l'UE, l'utilisation non discriminatoire des capacités de transport par des tiers doit être rendue possible. Les procédures axées sur le marché pour l'attribution de capacités de transport (p. ex. mise aux enchères), qui seront

1557 déjà en vigueur suite à l'entrée en vigueur de la modification de la LIE, conduiraient aujourd'hui à des recettes considérables. En renforçant leur orientation clientèle, les producteurs gagneront en dynamique. Pour les producteurs d'électricité, un rapprochement

des conditions-cadres internationales constitue une condition importante en vue de l'accès à moyen ou à long terme aux marchés européens. Dans ce contexte, les perspectives de l'énergie hydraulique sont positives compte tenu de la tendance des prix de gros surtout pour l'énergie de pointe en Europe. Les centrales hydrauliques à accumulation et à pompage-turbinage de Suisse pourront en outre prendre part à l'avenir aux marchés d'énergie de régulation qui sont en train de se former en Europe. Pour les producteurs d'électricité issue d'énergies renouvelables, l'accès aux marchés internationaux est une condition pour augmenter la valeur de leur production en participant au commerce transfrontalier de certificats. La déclaration de la qualité du courant électrique (marquage du courant) qui déjà exigée dans l'UE et qui sera introduite en Suisse au 1er janvier 2005 ainsi que des développements prévisibles dans le domaine de la politique climatique augmentent encore davantage les chances, sur le marché, du courant électrique produit avec un bilan de CO<sub>2</sub> neutre. Cette situation, avec le libre choix du fournisseur par les consommateurs finaux, créera des conditions favorables à l'indemnisation de la valeur ajoutée de l'électricité produite de manière durable. La définition de valeurs-cibles pour augmenter la part des énergies renouvelables dans les fournitures d'électricité créera pour ce marché une dynamique supplémentaire (cf. annexe de la LApEl). La demande de courant produit avec des agents énergétiques renouvelables augmentera grâce à la transparence accrue et au libre choix du fournisseur par les clients. Dans les conditions-cadres créées par la LApEl, on peut supposer au minimum que, au cours des années à venir, l'industrie de l'électricité ne connaîtra pas de suppression d'emplois plus importante que dans les années précédentes. En ce qui concerne les compétences maîtresses de la plupart des EAE en matière de construction et d'entretien du réseau, le potentiel de suppression est limité, car la qualité de l'approvisionnement souffrirait de trajets trop longs. Les EAE innovatrices trouveront des possibilités d'expansion dans les domaines de la métrologie et de la facturation. Grâce à l'orientation clientèle accrue les clients, les domaines marketing, diffusion, service à la clientèle, informatique et controlling gagneront en importance. Et l'intégration horizontale offrira des possibilités d'expansion et de coopération dans l'approvisionnement en eau et en gaz ainsi que dans les services de télécommunication.

### **E. 3.3.2**

Conséquences pour l'ensemble de l'économie En février 2004, le Conseil fédéral a décidé un train de mesures visant à surmonter la faiblesse de la croissance en Suisse. La LApEl y figure comme mesure d'une importance primordiale pour augmenter à long terme le potentiel de croissance de l'économie suisse. Une concurrence accrue sur le marché intérieur doit améliorer le pouvoir d'achat en Suisse et la compétitivité sur le plan international. L'accès de la Suisse au marché européen de l'électricité contribuera notamment à réduire les coûts et à augmenter les recettes. Pour les consommateurs, la possibilité d'importer directement du courant permettra de réduire les coûts de l'électricité,

1558 tandis que pour les producteurs, l'échange avec les pays voisins et l'accès à de nouveaux marchés permettra de gagner de nouveaux clients, de mieux utiliser les capacités de production et de réaliser des bénéfices sur plusieurs marchés et bourses. Pour garantir une évolution profitable du commerce avec l'étranger et la sécurité du commerce international du courant, il est nécessaire d'harmoniser les conditions-cadres légales. Une meilleure coordination de l'exploitation des centrales et des réseaux permet de mieux utiliser les infrastructures existantes et d'éviter des défaillances du réseau touchant une zone étendue. Les économies de coûts ainsi réalisées sont considérables. Une conscience

accrue des coûts, une prise en compte renforcée des besoins des clients et des incitations à innover (emploi de nouvelles techniques de traitement des informations, de gestion du réseau, etc.) contribuent à accroître la compétitivité du secteur de l'électricité. Cela justifie amplement les dépenses annuelles de quelque trois millions de francs qui seront consenties pour l'autorité de régulation. Le calcul des rétributions de l'utilisation du réseau, la mise en place de groupes-bilan et la formation du personnel exigeront un effort initial acceptable de la part des exploitants de réseau. Les coûts de la promotion des énergies renouvelables dépendront du prix futur de l'électricité et de la forme concrète que revêtira le modèle d'encouragement. La perspective d'une raréfaction des capacités des centrales et des agents énergétiques fossiles, laisse présager une hausse des prix de l'énergie et donc une baisse des coûts supplémentaires pour les énergies renouvelables. La définition des modèles d'encouragement doit privilégier des solutions efficaces aux coûts peu élevés.

#### **E. 3.4**

Autres conséquences L'approvisionnement des régions périphériques n'est pas touché par la modification de la LIE et n'est touché qu'accessoirement par la LApEl. Les cantons peuvent édicter des dispositions pour les raccordements en dehors des zones habitées, voire déléguer ces compétences aux communes ou à l'industrie de l'électricité. La possibilité de tenir compte des différences régionales est ainsi garantie. 4 Rapport avec le programme de législature et le plan financier Le message correspond aux objectifs formulés dans le programme de la législature 2003–2007 du Conseil fédéral (Objet des Grandes lignes selon le rapport sur le Programme de législature 2003 à 2007 du 25 février 2004, FF 2004 1082). 5 Aspects juridiques

#### **E. 4**

Rapport avec le programme de législature et le plan financier 1558

#### **E. 5**

000 (0,1 %) 20 %

La variante de la commission d'experts, qui propose l'accès au réseau pour tous les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est supérieure à 100 MWh, avait été retenue dans le projet envoyé en consultation. Afin d'éviter toute distorsion de la concurrence entre les commerçants et l'industrie, le présent projet prévoit toutefois d'accorder l'accès au réseau à tous les consommateurs finaux non-ménages durant l'ouverture partielle du marché. 1.3.2 Expériences faites par d'autres pays et conclusions pour la Suisse L'accès réglementé au réseau pour tous les consommateurs finaux (dès 2007) ainsi qu'un régulateur spécifique pour le secteur de l'électricité sont obligatoires dans l'UE en vertu de la directive sur le marché de l'électricité 2003/54/CE. Au cours de la phase transitoire, plusieurs pays ont recueilli des expériences avec des ouvertures partielles du marché. La limite entre ménages et non-ménages qui a été choisie ici pour l'ouverture partielle du marché correspond à l'exigence minimale de l'ouverture du marché jusqu'en 2007 appliquée dans le marché intérieur de l'électricité de l'UE. Le modèle «Approvisionnement en électricité garanti» prévu dans la LApEl comme troisième étape d'ouverture du marché (dès 2012) est structuré de manière similaire au modèle appliqué entre autres par l'état de l'Oregon (USA), où les ménages n'ont pas d'accès au réseau, mais peuvent choisir entre différentes options obligatoires. Les expériences démontrent qu'il est préférable de réorganiser le marché de l'électricité progressivement. Aussi proposons nous d'introduire de manière anticipée, par le biais de la modification de la LIE, un régulateur

et un gestionnaire de

1512 système indépendant pour le réseau de transport et d'expérimenter ensuite avec la LApEl (dès 2007), l'ouverture partielle du marché puis, si cette expérience s'avère concluante, d'introduire une ouverture du marché plus conséquente (dès 2012).

### 1.3.3 Résultats de la consultation et mise au point du projet

Le mandat d'élaborer les éléments-clés des projets de loi a été donné à une commission d'experts composée de représentants de tous les horizons politiques, au sein de laquelle les associations et organisations intéressées pourraient faire valoir leur point de vue. Le but de cette commission consistait entre autres à trouver une solution de compromis qui tienne compte du rejet de la loi sur le marché de l'électricité et réponde à l'évolution des conditions-cadres. La modification de la LIE et la LApEl ont été élaborées sur la base de ces éléments-clés. Le 30 juin 2004, le Conseil fédéral a autorisé le DETEC à mettre les projets et le rapport explicatif en consultation jusqu'au 30 septembre auprès des cantons, des partis politiques, et des associations et organisations intéressées. 209 prises de position ont été déposées. Les résultats de cette procédure de consultation sont brièvement résumés ci-après. Pour un développement plus approfondi, nous vous renvoyons à la synthèse des résultats (disponible auprès du DETEC). La Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie (EnDK) est favorable à une réglementation de l'ouverture du marché de l'électricité et l'élaboration d'une loi-cadre. Tous les cantons considèrent une loi-cadre sur le marché de l'électricité comme nécessaire, mais demandent un remaniement ou une simplification plus ou moins poussés du projet mis en consultation. Pour les modifications, les cantons renvoient à la prise de position de l'EnDK, soit expressément soit en reprenant tout ou partie de ses demandes. Les cantons estiment que le commerce transfrontalier d'électricité devrait être réglementé de manière anticipée sous réserve que les intérêts de la Suisse soient sauvegardés. Ils approuvent l'ouverture du marché par étapes, l'introduction d'un régulateur fort et la création d'un gestionnaire suisse du réseau de transport. Une majorité de l'EnDK refuse le référendum facultatif avant l'ouverture complète du marché. Certains cantons saluent la possibilité d'un référendum avant l'ouverture complète (LU, UR, SZ, FR, BL, AI, TI, VD, VS, GE, SO). BE s'oppose à une démarche par étapes et approuve une introduction immédiate du modèle «Approvisionnement en électricité garanti» (MAG). La compétence d'adjudication du réseau, déléguée aux cantons, est saluée en tant qu'instrument approprié pour assurer l'approvisionnement de base. Les efforts de renforcer la production d'électricité avec des agents énergétiques renouvelables au moyen de mesures à titre volontaire sont soutenus dans le principe. En ce qui concerne les mesures subsidiaires prises par la Confédération, la préférence est donnée aux instruments basés sur l'économie du marché. Les partis approuvent pour la plupart la réglementation anticipée du commerce transfrontalier d'électricité. Le PRD et le PLS s'expriment en faveur d'un traitement parallèle des deux projets. Le PRD, le PLS et l'UDC exigent une ouverture rapide et étendue. Le PS souhaiterait soumettre déjà l'ouverture partielle du marché au référendum. Les Verts et le PS exigent que des normes légales sur l'injection d'électricité soient introduites pour l'énergie renouvelable dès l'entrée en vigueur de la réglementation du transit. En revanche, le PCS, le PRD, le PLS et l'UDC refusent

1513 l'inscription dans la loi de valeurs obligatoires pour l'augmentation des capacités issues d'énergie renouvelable. Les milieux de l'économie souhaitent une ouverture plus rapide et plus étendue du marché, mais refusent les mesures destinées à promouvoir l'énergie renouvelable. Les organisations critiques envers la libéralisation qui étaient à

l'origine du référen- dum contre la LME refusent une ouverture du marché allant au-delà de celle prévue dans le projet mis en consultation. Il estiment que la première phase de l'ouverture partielle du marché n'est acceptable que si l'ouverture plus grande du marché est soumise au référendum facultatif. Parmi les organisations oeuvrant dans les domaines de la politique et de la technique énergétique, l'association faîtière des entreprises d'électricité ainsi que diverses associations de distributeurs finaux s'expriment en faveur du projet mis en consulta- tion. L'organisation représentant les grandes entreprises régionales exige une ouver- ture complète du marché avec le modèle MAG jusqu'en 2007 au plus tard. Elle demande un traitement et une mise en vigueur de la nouvelle LIE qui soit compati- ble avec les exigences minimales de l'UE, pour autant qu'une convention entre l'UE et la Suisse soit conclue parallèlement. Le fait de fixer dans la loi des mesures desti- nées à encourager les énergies renouvelables est controversé. Les organisations représentant les grands consommateurs soutiennent l'ouverture du marché par étapes, mais refusent un référendum avant l'ouverture complète du marché. Pour les organisations de petits consommateurs, c'est la sécurité de l'approvisionnement qui prime, elles saluent la mise en place du modèle MAG. Les milieux écologistes saluent avant tout l'introduction de dispositions réglant l'injection d'électricité issue d'énergies renouvelables. Certaines associations de protection de l'environnement critiquent l'administration nécessitée par le négoce de certificats dans le modèle des quotas. En résumé, on peut dire que la compatibilité avec l'UE recherchée en matière de commerce transfrontalier d'électricité n'est pas contestée. En ce qui concerne le degré d'ouverture du marché et la promotion des énergies renouvelables, le projet mis en consultation se situe environ à mi-chemin dans l'éventail des exigences et des opinions émises par les participants. Le projet a été remanié notamment sur le plan de sa densité normative (cf. aussi ch. 1.4.3.).

#### 1.4 Mise en œuvre

##### 1.4.1 Coopération avec les organisations concernées (principe de subsidiarité)

Pour la mise en œuvre de ce projet, le principe de subsidiarité devra être appliqué (cf. ch. 1.2.1). Il s'agit de profiter au mieux des processus, accords, connaissances et structures existants. La LApEl régit par conséquent notamment les aspects que la branche de l'électricité ne règle pas elle-même. Les mesures volontaires et anti- cipées prises par ce secteur pour atteindre les objectifs visés seront prises en consi- dération dans le cadre des textes juridiques et de leur exécution. La branche de l'électricité est invitée à élaborer des concepts et des propositions acceptables par tous et conformes à la loi, notamment en ce qui concerne le calcul des rétributions d'utilisation du réseau.

1514

##### 1.4.2 Coopération internationale

La LApEl et la modification de la LIE prévoient les mesures suivantes de mise en œuvre sur le plan de la coopération internationale: – Le gestionnaire suisse du réseau de transport fixe la procédure pour l'attribution des capacités transfrontalières de transport en coordination avec les gestionnaires de réseau de transport des pays étrangers. Cette procédure inclut notamment une réglementation transparente de l'indemnisation dans le cas d'une ré-attribution des capacités (coûts de «re-dispatching»). Cette démarche garantit le respect et la mise en pratique des principes de la LApEl et de la LIE révisée, en particulier sur les plans de la sécurité et de la non- discrimination. – Le Conseil fédéral doit recevoir la compétence de conclure des accords internationaux tombant dans le champ d'application de ces lois. Il s'agira notamment de conclure un accord avec l'UE pour garantir la participation de la Suisse à la réglementation en vigueur dans l'UE depuis le 1er juillet 2004 en matière d'indemnisation de frais de transit ainsi qu'aux autres mesures de mise en œuvre dans le domaine du commerce transfrontalier d'électricité.

##### 1.4.3 Réglementation par ordonnance

La densité normative du présent projet a été réduite par rapport au projet mis en consultation. Par conséquent, divers aspects devront être réglés par

des dispositions d'exécution fixées au niveau de l'ordonnance. Les dispositions d'exécution importantes ayant des répercussions décisives pour les parties concernées seront adoptées par le Conseil fédéral. Ce dernier pourra déléguer l'adoption des dispositions d'exécution moins importantes, notamment des règles d'ordre technique ou administratif, aux offices fédéraux (art. 28, al. 3, LApEl). En vertu du principe de subsidiarité figurant à l'art. 3, al. 2, LApEl, le Conseil fédéral et les cantons examineront, avant d'édicter des prescriptions d'exécution, les mesures volontaires prises par les organisations concernées et l'économie, notamment par l'industrie de l'électricité. Si cela s'avère nécessaire, ils intégreront autant que possible les accords en question (p. ex. les règles sur les conditions techniques d'accès au réseau) en tout ou en partie dans les dispositions d'exécution. Le principe de subsidiarité exige donc que l'industrie de l'électricité garde la marge de manœuvre dont elle a besoin pour remplir sa tâche.

### 1.5 Traitement des projets au Parlement

#### 1.5.1 Examen par étapes

Le présent message contient deux projets de loi: la modification de la loi du 24 juin 1902 sur les installations électriques (LIE RS 734.0), qui vise à réglementer le commerce transfrontalier d'électricité, ainsi que la nouvelle loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEl).

1515 L'examen de ces deux projets au Parlement ne présente pas le même degré d'urgence. Afin de sauvegarder les intérêts suisses face à des partenaires étrangers et en raison de l'évolution au sein de l'UE (entrée en vigueur du règlement 1228/2003 au 1er juillet 2004), le commerce transfrontalier d'électricité doit être réglé plus rapidement. Le Conseil fédéral propose par conséquent de traiter d'abord la modification de la LIE. L'examen de la LApEl sera entrepris ultérieurement. Les négociations avec l'UE concernant le commerce transfrontalier d'électricité pourront commencer dès que la date probable d'entrée en vigueur de la nouvelle LIE aura été fixée. En procédant ainsi, il devrait être possible que la Suisse n'ait qu'un léger retard avant de disposer de conditions-cadres légales comparables à celles de l'UE. Le règlement 1228/2003 est déjà en vigueur depuis le 1er juillet 2004. Mais diverses mesures d'exécution doivent encore être définies plus concrètement par la commission européenne, si bien que les dispositions ne devraient être applicables qu'au cours de l'année 2005. La modification de la LIE doit servir de solution transitoire jusqu'à l'entrée en vigueur de la LApEl. Son application sera mise à profit pour consolider les rapports avec l'étranger et fournir ainsi une contribution constructive de la Suisse au fonctionnement du marché intérieur européen de l'électricité. Cette démarche répond d'ailleurs à l'esprit du règlement 1228/2003, selon lequel il est important que des pays tiers faisant partie du réseau européen de l'électricité suivent les dispositions contenues dans le règlement et les directives décrétées après le règlement afin d'améliorer l'efficacité du fonctionnement du marché intérieur européen (cf. préambule, ch. 7, règlement 1228/2003). Les deux projets de loi sont étroitement liés, et la modification de la loi sur les installations électriques devrait entrer en vigueur en premier. Au moment de l'entrée en vigueur de la LApEl, les dispositions de la nouvelle LIE, qui resteront en vigueur jusqu'à fin 2008 au plus tard, devraient être abrogées. Au cas où le Parlement ne se rallierait pas à cette procédure par étapes, il suffirait d'examiner et de mettre en vigueur rapidement la LApEl. L'abrogation de l'art. 3a et du ch. IIIb LIE dans l'annexe de la LApEl devrait alors être supprimée. Sur le plan matériel, le contenu de la modification que nous proposons d'apporter à la LIE est couvert par la LApEl. Les différences sont expliquées au ch. 1.2.6.

1516 1.5.2 Liquidation d'interventions parlementaires Dans le contexte de la modification de la loi sur les installations électriques et de la loi sur l'approvisionnement en électricité,

les interventions suivantes déposées sont en suspens depuis septembre 2002: Tableau 5  
Interventions parlementaires concernant l'approvisionnement en électricité Type Numéro  
Auteur/Titre Etat à fin novembre 2004

P. 02.3704 Groupe PS: Assurer et encadrer l'approvisionnement en électricité. Rapport  
20.06.2003 CN Adoption M 02.3768 Groupe PS: Transparence dans le secteur de  
l'électricité 14.05.2003 Déclaration du Conseil fédéral: Le Conseil fédéral propose de  
transformer la motion en postulat M 03.3059 CE Schweiger Rolf: Marché de l'électricité.  
Garantir la sécurité de l'approvisionnement 16.06.2003 CE Adoption. 18.03.2004 CN  
Adoption. Iv.pa. 03.409 CN Speck Christian: Marché de l'électricité. Garantir  
l'approvisionnement 21.03.2004 CN Il est donné suite à l'initiative Iv.pa. 03.462 CN  
Dupraz John: Un cadre plus fiable pour la production d'électricité à partir de sources  
d'énergie renouvelables Date de dépôt 15.12.2003; pas encore traité au plénum I 03.3591  
Groupe écologiste: Ouverture du marché de l'électricité par le biais de la loi sur les cartels  
19.03.2004 CN La discussion est reportée I 03.3592 Groupe écologiste: Panne d'électricité  
du 28 septembre 2003 en Italie 19.03.2004 CN La discussion est reportée M 04.3154 CN  
Teuscher Franziska: Droit limité dans le temps de refuser le passage des lignes d'énergie  
électrique Date de dépôt 18.03.2004; pas encore traitée au plénum

Parmi ces interventions parlementaires en suspens, le Parlement a donné suite à la motion  
Schweiger (03.3059) qui peut donc être classée. Le 8 octobre 2004, le conseiller national  
Ruedi Lustenberger a déposé une motion «Nouveau modèle pour la promotion d'énergies  
renouvelables» (04.3596). Il y demande au Conseil fédéral de préparer des bases juridiques  
nécessaires à l'introduction d'un modèle d'adjudication ou d'agence pour la promotion des  
éner- gies renouvelables. Le Conseil fédéral estime que la motion Lustenberger peut  
parfaitement être intégrée dans les projets de modification de la LIE et de LApEl: la  
modification de la loi sur l'énergie (annexe de la LApEl) doit permettre de fixer des  
objectifs qualitatifs d'augmentation de la production d'électricité à partir d'énergies  
renouvelables. Les surcoûts résultant de mises au concours volontaires, fonctionnant selon  
les règles de la concurrence, doivent être financés par un supplément sur les coûts du réseau  
à

1517 haute tension. Les programmes de mise au concours doivent faire l'objet d'une  
autorisation. C'est pourquoi le Conseil fédéral est prêt à accepter la motion Lustenberger.  
1.5.3 Position de la sous-commission de la CEATE-N Pour remplir leur mandat dans le  
cadre de l'initiative parlementaire Speck, les sept membres de la sous-commission créée par  
Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil  
National (CEATE-N) se sont réunis sept fois entre juin 2004 et octobre 2004. La  
sous-commission a notamment réfléchi de manière approfondie à des thèmes particuliers,  
comme le modèle de marché, la réglementation du transit, les questions relatives à ce  
transit, la division du projet en plusieurs parties. En outre, un catalogue séparé de questions  
a été élabo- ré dans le cadre de la consultation ordinaire et il a été pris connaissance de son  
évaluation. La sous-commission a été accompagnée dans ses travaux par les experts des  
sections Réseaux et Droit de l'OFEN, de sorte que la coordination a toujours été assurée en  
fonction de l'évolution de la LApEl. Sur la base d'une présentation synoptique mettant en  
parallèle la loi sur le marché de l'électricité rejetée lors de la votation du 22 septembre 2002  
et le projet de loi sur l'approvisionnement en électri- cité envoyé en consultation, la  
sous-commission a élaboré elle-même différentes parties d'un projet de loi. Le présent  
projet de LApEl intègre de nombreux points défendus par la sous- commission de

laCEATE-N. Le 26 octobre 2004, seules subsistaient quelques divergences de fond entre la position de la majorité des membres de la sous-commission de la CEATE-N et le présent projet de loi. Elles portaient pour l'essentiel sur les questions suivantes: – La sous-commission souhaite que le Parlement examine en même temps trois projets distincts de message concernant l'ouverture du marché de l'électricité, le commerce transfrontalier et la promotion des énergies renouvelables. Le Parlement et, le cas échéant, les électeurs doivent pouvoir se prononcer sur ces projets séparément, indique la sous-commission. – Au lieu d'ouvrir le marché progressivement, comme le prévoit la LApEl, il convient, estime la sous-commission, de l'ouvrir complètement dès l'entrée en vigueur de la LApEl et de réaliser tout de suite le modèle MAG pour les consommateurs finaux. Il sera alors inutile de procéder à un référendum facultatif entre la première et la deuxième étape. La proposition de la commission ne recèle aucune incertitude juridique pour l'économie (de l'électricité). – L'objectif de faire augmenter la production d'électricité provenant d'énergies renouvelables de 5,4 TWh (volume correspondant à l'augmentation de la part d'énergies renouvelables de 67 à 77 %) jusqu'en 2030 ainsi que la rétribution de l'injection couvrant les coûts (modèle d'encouragement allemand) sont rejetés. Le modèle d'encouragement, la valeur-cible et le délai doivent être clarifiés dans le cadre de l'intervention parlementaire Dupraz «Un cadre plus fiable pour la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables» (03.462).

1518 Une minorité de membres de la commission défend les points de vue suivants: – Une éventuelle ouverture du marché doit impérativement aller de pair avec une réglementation de l'injection d'électricité couvrant les coûts pour l'électricité provenant d'énergies renouvelables. Une réglementation de l'ouverture du marché ne prévoyant pas de mesures efficaces d'encouragement de l'électricité provenant d'énergies renouvelables serait refusée et combattue. – Une ouverture totale du marché dès l'entrée en vigueur de la loi – même avec le modèle «Approvisionnement en électricité garanti» (MAG) – va à l'encontre de la volonté manifestée par le peuple qui a rejeté la LME. 2 Commentaire article par article 2.1 Modification de la loi sur les installations électriques 2.1.1 Articles 18a à 18l Art. 18a L'art. 18a se base sur la conviction que la structure actuelle dans le réseau suisse de transport, avec plusieurs grandes entreprises régionales juridiquement indépendantes en tant que gestionnaires de différentes zones de réglage en Suisse, ne satisfait plus aux exigences d'un commerce de l'électricité fortement accru en Europe et ne peut plus garantir la sécurité de l'approvisionnement en Suisse. En vertu de l'al. 1, les gestionnaires actuels de réseaux de transport sont contraints de regrouper la gestion du réseau de transport pour toute la Suisse en une personne morale de droit privé indépendante. Ce regroupement augmente aussi la transparence dans l'utilisation du réseau de transport, pour laquelle il existe désormais un seul interlocuteur. La nécessité de créer un gestionnaire suisse du réseau de transport est aujourd'hui admise par tous. Preuve en est le fait que les gestionnaires de réseaux de transport ont librement décidé au printemps 2004 de fusionner la gestion des réseaux de transport dans la Swissgrid AG en 2005. Compte tenu de l'importance primordiale du réseau de transport pour assurer l'approvisionnement en Suisse, l'al. 2 prévoit que le gestionnaire du réseau de transport aura son siège en Suisse et que le capital sera majoritairement en mains suisses. Le Parlement a déjà formulé ces exigences minimales dans le cadre des délibérations sur la LME en rapport avec la Société suisse pour l'exploitation du réseau. Ces exigences garantissent que le réseau suisse de transport sera exploité par une société qui sera indépendante sur les plans juridique et économique et qui opérera en Suisse. L'al. 3 et l'al. 4 explicitent concrètement le principe de la séparation

des activités pour le gestionnaire du réseau de transport. Selon l'al. 3, la fourniture d'énergie de réglage ainsi que l'acquisition et la livraison d'électricité en vue d'assurer une exploitation sûre du réseau sont toutefois admises pour des raisons d'exploitation. Aux termes de l'al. 5, les cantons doivent se voir accorder, étant donné l'importance du gestionnaire suisse du réseau de transport au niveau national, le droit de déléguer deux représentants (pour l'ensemble des cantons) au sein du conseil d'administration

1519 du gestionnaire suisse du réseau de transport. Ce droit doit être ancré dans les statuts. L'al. 6 prévoit que les statuts du gestionnaire suisse du réseau de transport et leurs modifications doivent être soumis à l'aval de l'Elcom. Cette obligation d'approbation vise en particulier à sauvegarder les intérêts nationaux en matière d'approvisionnement, et à assurer l'indépendance et l'exploitation non discriminatoire du réseau. Art. 18b L'art. 18b énonce les tâches centrales que les actuels gestionnaires de réseau doivent impérativement transférer au gestionnaire du réseau suisse de transport. Elles résultent de la fonction de ce dernier, qui consiste à gérer et assurer l'utilisation du réseau de transport de toute la Suisse comme une seule zone de réglage. L'Elcom tranche en cas de conflit lié à l'exécution des tâches imparties du gestionnaire du réseau de transport. L'al. 1, let. a, confie au gestionnaire du réseau de transport la responsabilité de l'exploitation de la zone de réglage (p. ex. pour la planification de l'exploitation) ainsi que la surveillance du réseau. La let. b précise la fonctionnalité de la zone de réglage, ce qui comprend notamment les services systèmes. Elle impose au gestionnaire du réseau de transport d'acquérir l'énergie de réglage nécessaire selon des procédures transparentes et non discriminatoires. Le gestionnaire de réseau met les réserves de capacité à préserver en soumission et surveille l'exécution des contrats conclus. Les qualifications requises des pourvoyeurs d'énergie de réglage feront l'objet de la publication d'exigences minimales. L'Elcom surveille le marché de l'énergie de réglage. Les mesures à prendre par le gestionnaire du réseau de transport concernent l'exploitation du réseau. Elles incluent cependant également, pour des raisons techniques liées au réseau, les modifications requises du programme de fourniture. Le gestionnaire du réseau de transport dispose ainsi explicitement du droit d'émettre des directives à l'encontre des utilisateurs du réseau. Selon la let. c, en cas de menace pour la sécurité de l'approvisionnement, le gestionnaire du réseau de transport est tenu, de par la loi, de prendre les mesures d'exploitation nécessaires. La procédure de re-dispatching doit être réglée avec les intéressés selon le droit privé et être transparente, proportionnée et non discriminatoire. Cela s'applique aussi à la procédure visant à remédier à une congestion du réseau selon l'al. 1, let. d. Le gestionnaire du réseau de transport doit, en vertu de la let. e, collaborer avec les gestionnaires de réseau de transport étrangers et représenter les intérêts de la Suisse au sein des organes correspondants. Cela vaut plus particulièrement pour la fixation des procédures visant à remédier à une congestion du réseau et pour la définition des exigences techniques et d'exploitation minimales imposées aux exploitants du réseau. Conformément à la let. f, le gestionnaire du réseau de transport est tenu de transporter à la Suisse les exigences techniques et d'exploitation en vigueur au niveau international et de réglementer de manière contraignante le fonctionnement du réseau suisse de transport. Les plans pluriannuels pour le réseau de transport visent à assurer la sécurité de l'approvisionnement à moyen et à long terme et sont établis par le gestionnaire du

1520 réseau de transport aux termes de la let. h. La let. i vise elle aussi à garantir la sécurité de l'approvisionnement, puisqu'elle impose au gestionnaire du réseau de transport d'informer l'Elcom chaque année, par voie de rapport, de la situation du réseau de transport.

L'al. 2 confère au Conseil fédéral la compétence de confier d'autres tâches au gestionnaire du réseau de transport. Art. 18c Selon l'al. 1, les propriétaires de réseau sont tenus de réparer juridiquement le domaine du réseau de transport et les autres domaines d'activité (production, commerce, commercialisation p. ex.). Du fait de cette séparation la responsabilité principale de l'exploitation du réseau de transport est transférée des propriétaires du réseau de transport au gestionnaire suisse du réseau de transport. Etant donné que l'on renonce, pour des questions de protection de la propriété, à contraindre les propriétaires actuels des réseaux de transport à transmettre leur propriété au gestionnaire du réseau de transport, la propriété et l'exploitation du réseau de transport peuvent être séparées. Il est donc important, du point de vue de la sécurité de l'approvisionnement, de définir clairement les responsabilités. Ainsi, l'al. 2 prévoit que les propriétaires du réseau de transport sont responsables d'assurer la performance, en particulier l'entretien et le développement du réseau de transport, ainsi que l'interopérabilité (p. ex. pour l'échange d'informations et la mise à disposition des valeurs de mesure). L'al. 3 vise à ce que les rapports entre les propriétaires de réseaux et le gestionnaire du réseau de transport soient clairement établis et les responsabilités définies. L'al. 4 prévoit que le Conseil fédéral peut accorder le droit d'expropriation au gestionnaire du réseau de transport. Il veille ainsi à ce que le gestionnaire du réseau de transport puisse assumer la responsabilité qui lui incombe de garantir une exploitation sûre et performante du réseau de transport, même lorsque les propriétaires des réseaux et les producteurs ne remplissent pas ou remplissent de manière insuffisante leurs obligations. Art. 18d Cette disposition centrale ancre la règle selon laquelle l'accès des tiers au réseau pour le commerce d'électricité obéit au principe d'un accès réglementé sur une base contractuelle (Regulated Third Party Access, TPA). D'après l'al. 1, le gestionnaire du réseau de transport est tenu d'accorder aux personnes physiques et morales le droit d'utiliser le réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité sur une base contractuelle avec des critères objectifs et non discriminatoires, pour autant qu'il n'existe pas de motif de refus (cf. al. 2). Non discriminatoire signifie que la puissance sur le marché résultant de l'exploitation du réseau de transport ne doit pas être utilisée à mauvais escient dans les marchés en amont ou en aval (production, commerce ou approvisionnement). Ce risque d'abus est combattu par les dispositions sur la séparation des activités (cf. art. 18a et art. 18c). Ainsi, selon l'art. 18a, al. 4, on évite que des membres du conseil d'administration ou de la direction du gestionnaire du réseau de transport puissent acquérir un avantage concurrentiel durant leur mandat grâce aux connaissances qu'ils ont sur la gestion du réseau de transport et les faire valoir ensuite dans le

1521 domaine opérationnel d'entreprises actives dans la production ou le commerce d'électricité. Les dispositions relatives à la séparation des activités fixent donc amplement les conditions que doit remplir le gestionnaire de réseau de transport afin d'éviter toute discrimination des tiers en matière d'accès au réseau. L'al. 2 donne une liste exhaustive des raisons pouvant motiver le refus de l'accès au réseau selon l'al. 1. Il convient d'en apporter la preuve, avec motivation écrite, dans un délai de 10 jours ouvrables suivant la réception de la demande d'accès au réseau. Selon la let. a, la mise en péril de l'exploitation sûre du réseau de transport peut être une raison. En effet, pour le gestionnaire qui est tenu, en vertu de l'art. 18b, al. 1, let. a, d'assurer le fonctionnement sûr et fiable du réseau, la mise en péril de ce fonctionnement peut non seulement donner le droit mais aussi composer l'obligation de refuser l'accès au réseau. Selon la let. b, le manque de capacités disponibles constitue un deuxième motif de refus. A cet égard, il faut tenir compte des exigences élevées en matière de preuve, les pénuries autorisant en principe des procédures selon l'art. 18f. Lors de

l'exploitation du réseau de transport, des capacités doivent pouvoir être interrompues pour une certaine durée, afin de réaliser des travaux d'entretien par exemple. Ce qui peut conduire à court terme à une réduction des capacités disponibles. L'al. 2, let. b, autorise le gestionnaire du réseau de transport à refuser l'accès aux utilisateurs dans de tels cas. Selon l'al. 2, let. c, le non-respect de la clause de réciprocité en cas d'utilisation transfrontalière du réseau est un troisième motif de refus. Cela signifie que, lorsque le présent article sera entré en vigueur, les obligations de la Suisse résultant d'accords internationaux ne pourront pas aller au-delà de celles qu'elle assumait jusqu'alors. Les accords internationaux dont les obligations doivent être observées lors du commerce d'électricité transfrontalier sont plus particulièrement le GATT de 1994 (RS 0.632.21), l'Accord du 22 juillet 1972 entre la Confédération suisse et la CEE (accord de libre-échange, RS 0.632.401) ainsi que le Traité du 17 décembre 1994 sur la Charte de l'énergie (RS 0.730.0). De plus, parallèlement à l'examen des modifications de la LIE, un accord doit être conclu avec l'UE sur le règlement des échanges d'électricité transfrontaliers. Art. 18e L'al. 1 fixe les principes du calcul de la rémunération. La rémunération doit se baser sur les coûts occasionnés par l'utilisation physique, c'est-à-dire effective, du réseau de transport. Les flux supplémentaires résultant des échanges transfrontaliers doivent donc être mesurés par le gestionnaire du réseau de transport. Les coûts doivent être calculés séparément et ne doivent pas être imputés aux consommateurs finaux du pays. Comme il s'agit en l'occurrence de coûts occasionnés par les échanges transfrontaliers, la méthode de détermination des coûts doit impérativement tenir compte des réglementations internationales ou européennes. L'art. 3 al. 6 du règlement 1228/2003 de l'UE est notamment déterminant en la matière. Contrairement à ce qui vaut pour les réseaux de distribution, le calcul des coûts, par conséquent, ne peut pas reposer sur le principe de coûts moyens indépendant de l'utilisation de certains équipements du réseau. Conformément à l'al. 2, les coûts en

1522 capitaux sont calculés sur la base des surcoûts moyens à long terme (LRAIC, long run average incremental costs) des capacités de réseau requises. Les coûts résultant d'une transaction transfrontalière supplémentaire constituent donc la base du calcul de la rémunération. En relation avec une approche fondée sur chaque transaction transfrontalière, le règlement susmentionné de l'UE recommande, en partant de l'idée qu'il y aura une compétition intensive pour les capacités de réseau transfrontalières, de s'appuyer sur des coûts actualisés, axés sur la valeur du marché (current cost accounting). Cela se répercute notamment sur l'évaluation de la fortune de l'installation dans le cadre de la détermination des coûts du capital (valeur à neuf de remplacement). Selon l'al. 3, le Conseil fédéral peut fixer la durée d'amortissement ainsi que le taux d'intérêt approprié, c'est-à-dire adapté au marché, et désigner les valeurs patrimoniales nécessaires à l'exploitation. On partira en principe d'amortissements linéaires, avec des durées d'utilisation spécifiques aux composantes de l'installation. Pour déterminer la prime de risque, il convient de s'appuyer en règle générale sur le modèle CAP (Capital Asset Pricing Modell) développé dans le cadre de la théorie du marché du capital. En dépit de maintes faiblesses, cette formule théorique permet le mieux d'assurer la transparence et la clarté du calcul des primes, pour autant qu'il s'agisse de risques spécifiques de la branche. Le taux d'intérêt des capitaux étrangers doit également être assorti d'un supplément pour couvrir les coûts du risque de crédit. Lorsqu'on déterminera la prime de risque pour les intérêts du capital propre ainsi que les coûts des capitaux étrangers, on se rappellera que la première ne se rapporte qu'aux risques des réseaux de transport. Ces risques sont nettement moins élevés que ceux du commerce et de la production d'électricité. Il est nécessaire de constituer un compte

accessoire vérifiable se rapportant à la fortune de l'installation dans l'optique du régulateur si l'on veut que les fonds résultant des amortissements et des intérêts soient véritablement disponibles un jour pour financer des installations de remplacement éventuellement plus chères (cf. art. 18f, al. 5, let. b). Il conviendra d'y intégrer les amortissements supplémentaires accomplis par le passé en vue des réacquisitions, les réévaluations et les provisions et réserves pour réacquisitions déjà constituées. Art. 18f Conformément à l'al. 1, les capacités disponibles peuvent être octroyées selon des procédures d'attribution axées sur les règles du marché du réseau de transport. On entend par là des mises aux enchères ou des méthodes aux effets comparables s'inspirant du règlement 1228/2003. Les procédures d'attribution de capacités seront élaborées conjointement par les gestionnaires de réseau de transport concernés (cf. art. 18b, al. 1, let. d). Les procédures d'attribution doivent être décrites de manière détaillée et être claires et accessibles pour toutes les parties. La procédure suivie lors de modifications à posteriori du programme de fourniture doit notamment être transparente pour tous. Etant donné que des personnes étrangères peuvent également être touchées, la procédure doit aussi être coordonnée avec les gestionnaires de réseau étrangers. Le Conseil fédéral aura la possibilité de définir la procédure d'attribution de capacités.

1523 L'al. 2 restreint les procédures d'attribution de capacités axées sur les règles du marché dans deux domaines: d'une part, en prééminence des importations en vue d'approvisionner les consommateurs finaux du pays, et d'autre part, prééminence des livraisons reposant sur des contrats d'achat et de fourniture conclus avant le 31 octobre 2002. Les importations en vue d'approvisionner les consommateurs finaux du pays priment en outre sur les livraisons internationales. La date du 31 octobre 2002 a été retenue car l'application de procédures d'attribution axées sur les règles du marché du réseau de transport dans le cadre de la gestion des congestions a été décidée lors du Forum européen de régulation de l'électricité (Forum de Florence) en novembre 2002. On peut donc admettre que les contrats internationaux de fourniture et d'achat à long terme adoptés après cette date l'ont été en connaissance du futur système de gestion des congestions selon une procédure d'attribution axée sur les règles du marché qui allait être mise en place par la suite, et qu'une prééminence fondée sur la sécurité du droit ne se justifie donc plus après cette date. L'al. 3 énonce qu'une capacité attribuée ne peut être restreinte après coup et pour une courte période que si la sécurité du réseau de transport est compromise et que le gestionnaire du réseau de transport ne peut recourir à aucune autre mesure. Si la sécurité du réseau d'approvisionnement est compromise, le gestionnaire du réseau de transport peut restreindre l'utilisation d'une capacité attribuée selon une procédure transparente et publiée à l'avance. Par «autre mesure» il faut comprendre en premier lieu la mise en œuvre des programmes de livraison convenus ainsi que les manœuvres de connexion destinées à optimiser les flux. L'al. 4 a pour but d'empêcher l'accumulation de capacités de transport inutilisées en vue d'avantager ou d'entraver la concurrence. Une capacité inutilisée doit être restituée au marché, conformément au principe «use-it-or-lose-it». L'al. 5 définit comment employer les recettes provenant de procédures d'attribution axées sur les règles du marché du réseau de transport. Cette disposition doit permettre d'éviter que les recettes d'entreprises verticalement intégrées et de leurs propriétaires ne soient utilisées comme subventions croisées dans d'autres domaines d'activités, notamment dans la production de courant et le commerce. Selon la let. a, elles doivent servir à couvrir les coûts des échanges transfrontaliers d'électricité ne pouvant pas être directement imputés à un client spécifique conformément à la méthode LRAIC (art. 18e), ainsi que les coûts de maintien en

disponibilité de la capacité attribuée. La let. b prévoit que les recettes susmentionnées doivent servir avant tout à maintenir et à améliorer les capacités de transport transfrontalières. La let. c mentionne quant à elle que ces recettes peuvent servir à indemniser les autres coûts du réseau de transport, en veillant à ce que l'indemnisation des risques des propriétaires du réseau de transport soit adaptée aux risques. Selon l'al. 6, le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions en matière d'accès au réseau (art. 18d) et de calcul des coûts occasionnés (art. 18e), afin d'augmenter les capacités de transport transfrontalières. Les investissements dans de nouvelles capacités de transport peuvent ainsi être encouragés. L'ensemble du réseau suisse de transport, dans la mesure où il sert au transit, peut faire l'objet d'un encouragement. Il peut tout aussi bien s'agir d'une nouvelle construction que d'une augmentation des capacités d'installations existantes. On part du principe que ces investissements comportent un risque économique notable. Cette approche s'inspire des dispositions de l'art. 7 du règlement 1228/2003 de l'UE concernant les nouvelles interconnexions

1524 (dites «merchant lines»), sans toutefois se limiter à celles-ci. L'UE réfléchit encore actuellement aux mesures appropriées pour inciter à investir dans le développement des lignes de transport transfrontalières, la mise en pratique soulevant nombres de problèmes – notamment techniques – qui ne sont pas encore réglés concernant l'application. C'est pourquoi l'al. 6 adopte une formulation plus large. Des durées d'amortissement plus courtes ou des primes de risque plus élevées peuvent également constituer des incitations à investir, en plus ou au lieu de restrictions à l'accès au réseau concernant les nouvelles lignes mises en place. Etant donné que lesdits investissements sont destinés à accroître les capacités de transport transfrontalières, les coûts ne doivent pas être imputés aux consommateurs du pays. Art. 18g L'art. 18g règle l'organisation de la Commission de l'électricité devant être créée (Elcom). L'Elcom est un organe de régulation propre au secteur de l'électricité. Cette disposition s'inspire fortement de l'organisation de la Commission de la communication (ComCom). L'Elcom doit être conçue comme une autorité indépendante, revêtant une fonction judiciaire. Il est essentiel qu'elle soit formée d'experts indépendants. Le Conseil fédéral doit veiller à ce que sa composition soit paritaire. Elle ne doit pas compter uniquement des experts ayant de l'expérience dans le domaine du transport de l'électricité, elle doit comprendre aussi des spécialistes du commerce international ou des questions liées aux consommateurs. Leur indépendance doit garantir que les critères professionnels et objectifs figurent au premier plan de leurs activités en tant que membres de la commission. L'al. 2 dispose que l'Elcom est entièrement autonome. Ses décisions ne sont soumises à aucune directive du Conseil fédéral ou du département. Elle est indépendante des autorités administratives. Elle dispose de son propre secrétariat. La taille de ce dernier dépendra de la mesure dans laquelle l'Elcom associera, conformément à l'al. 3, l'Office fédéral de l'énergie à la préparation des décisions nécessaires à l'exécution de la loi. Si l'Elcom renonce à se doter d'un grand secrétariat comportant des collaborateurs scientifiques, elle pourra s'appuyer sur le droit d'émettre des directives pour demander à de l'Office fédéral de l'énergie les analyses, les expertises ou les bases de décision nécessaires. Le Conseil fédéral surveille la conduite des affaires de la commission. Dans ce cadre, il approuve le règlement relatif à son organisation et à la conduite des affaires (al. 4). Selon l'al. 5, les coûts de l'Elcom sont couverts par des émoluments. Pour compenser les coûts de surveillance qui ne sont pas couverts par des émoluments, le Conseil fédéral peut prévoir, en vertu de l'art. 18l, le versement d'une taxe annuelle de surveillance par le gestionnaire suisse du réseau de transport. Art. 18h Cette

disposition récapitule les tâches de la nouvelle commission de l'électricité (Elcom). L'al. 1 accorde à l'Elcom la compétence globale de surveiller le respect des dispositions du ch. IIIb de la loi sur les installations électriques ainsi que celle de prendre les décisions nécessaires à l'exécution de ces dispositions. L'Elcom est donc compétente dès lors que la compétence de prendre des décisions n'est pas explicitement confiée à une autre autorité.

1525 La liste non exhaustive des différentes compétences de l'Elcom figurant à l'al. 2 donne un aperçu de ses principales tâches. La let. a règle les compétences en cas de litige. L'Elcom tranche les litiges sur l'accès au réseau de transport et sur les conditions d'utilisation et les rétributions d'utilisation du réseau; elle peut accorder l'accès au réseau à titre préventif. On entend ainsi éviter que des procédures exagérément longues et l'épuisement de toutes les voies de droit ne viennent reporter l'accès au réseau à une date indéterminée. Selon la let. b, l'Elcom statue également sur l'utilisation des recettes provenant de procédures d'attribution axées sur les règles du marché du réseau de transport. Elle dispose ainsi d'un moyen pour faire en sorte que les recettes soient utilisées de manière adéquate et en fonction des besoins dans le cadre des possibilités d'affectation énumérées à l'art. 18f, al. 5. Conformément à l'al. 3, l'Elcom surveille et observe l'évolution des marchés de l'électricité en vue d'assurer un approvisionnement sûr et abordable dans toutes les parties du pays. Outre ses compétences concernant la surveillance de l'accès non discriminatoire au réseau de transport, l'Elcom joue donc également un rôle important dans le domaine de la sécurité de l'approvisionnement. Selon l'al. 4, L'Elcom coordonne son activité avec celles des autorités de régulation étrangères et représente la Suisse dans les organes de régulation internationaux. L'al. 5 dispose qu'elle informe le public sur son activité et présente un rapport d'activité annuel au Conseil fédéral. Art. 18i Cette disposition entend prendre en compte l'importance croissante du secteur de l'électricité au plan international. Une disposition analogue figure également à l'art. 64 de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC, RS 784.10). Le Conseil fédéral est habilité à passer des conventions internationales pour les affaires transfrontalières tombant dans le champ d'application de la loi. Le Parlement est dès lors déchargé de l'approbation de chaque nouvelle convention. En vertu de l'art. 48a de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010), le Conseil fédéral peut déléguer au département ou à l'OFEN la compétence de conclure des conventions internationales au contenu technique ou administratif. Cela correspond à la pratique actuelle en matière de conclusion de conventions internationales. Art. 18j La Commission fédérale de recours en matière d'infrastructures et d'environnement (ancienne commission de recours du DETEC) est l'organe de recours contre les décisions de l'Elcom. Ses décisions peuvent être soumises au Tribunal fédéral. La procédure est régie par la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021). Art. 18k Selon l'al. 1, les entreprises du secteur de l'électricité sont tenues de donner aux autorités compétentes les informations nécessaires et de mettre à leur disposition les documents requis pour l'exécution de la loi ou pour sa préparation. L'Elcom et

1526 l'OFEN en particulier ont besoin des ces renseignements pour pouvoir exécuter leurs tâches conformément à la législation. Les entreprises soumises à l'obligation de renseigner doivent également permettre aux autorités compétentes d'accéder à leurs locaux et installations et de les inspecter pendant les heures de travail normales. Cependant, si les renseignements demandés sont fournis en bonne et due forme et que leur contenu semble fiable, les autorités sont tenues d'user de ce droit d'accès avec réserve. L'al. 2 précise

l'obligation de renseignement définie à l'al. 1. Les personnes privées, mais aussi les services de la Confédération et des cantons, sont tenus de participer aux investigations de l'Elcom et de l'OFEN. L'Elcom peut, en effet, avoir besoin de l'aide des cantons pour contrôler la sécurité de l'approvisionnement dans toutes les parties du pays. Art. 18l Cette disposition sert de base légale au versement, par le gestionnaire suisse du réseau de transport, d'une taxe de surveillance annuelle. Le principe d'équivalence ne s'applique pas aux taxes de surveillance. Les activités qui sont financées par la taxe de surveillance ne peuvent être imputées individuellement. En conséquence, sujet, objet et base de calcul doivent être fixés formellement dans la loi. Les al. 1 et 2 satisfont à ces conditions en autorisant le Conseil fédéral à exiger, en plus des émoluments, le versement par le gestionnaire suisse du réseau de transport d'une taxe de surveillance annuelle forfaitaire destinée à compenser les coûts de surveillance non couverts par émoluments. Cette taxe est calculée d'après les coûts de surveillance de l'année précédente. Le Conseil fédéral compte la calculer sur la base d'une évaluation des coûts de surveillance la première fois qu'il la percera. Selon l'al. 3, la taxe de surveillance ne doit pas être répercutée sur les consommateurs finaux du pays (cf. art. 18e, al. 1).

2.2 Loi sur l'approvisionnement en électricité

2.2.1 Chapitre 1 Dispositions générales Art. 1 Buts L'art. 1 décrit l'objectif de la loi. Il ne comprend aucun droit ni obligation. Il s'agit d'un article ayant valeur de programme; il n'est pas de nature normative. Cette disposition prévoit, d'une part, que la loi doit fixer les conditions-cadres pour un approvisionnement en électricité sûr et durable des consommateurs finaux dans toutes les parties du pays. Un approvisionnement sûr comprend notamment la fourniture constante d'énergie électrique et la garantie de capacités de production, de transport et de distribution suffisantes. Un approvisionnement durable doit être socialement et économiquement responsable, doit ménager les ressources naturelles et doit respecter l'environnement; la promotion de la production d'électricité d'origine hydraulique en Suisse, en particulier, y contribue. Elle impose d'autre part à la loi de fixer les conditions cadre pour la concurrence nationale et une participation à la concurrence internationale dans le domaine de l'électricité. L'instauration d'une concurrence nationale doit non seulement exercer

1527 une pression sur les prix industriels relativement élevés de l'électricité en Suisse, mais aussi favoriser l'innovation dans la branche de l'électricité et la croissance de l'ensemble de l'économie suisse. La participation à la concurrence internationale fait référence au maintien et au développement de la position forte de l'industrie suisse de l'électricité en tant que plaque tournante en Europe. Art. 2 Champ d'application Selon l'al. 1, la loi s'applique uniquement au réseau d'approvisionnement général du pays alimenté en courant alternatif de 50 Hz, qui comprend le réseau de transport (niveaux de tension 220–380 kV) et les réseaux de distribution (niveaux de tension 400 V–160 kV). La construction, l'exploitation et la maintenance de ces réseaux relèvent de la loi fédérale du 24 juin 1902 sur les installations électriques (LIE, RS 734.0) ainsi que des ordonnances d'exécution de cette loi. L'art. 4 let. a, LApEl précise quels réseaux sont considérés comme des réseaux électriques. L'al. 2 établit que le Conseil fédéral peut étendre le champ d'application de la loi ou de certaines de ces dispositions à d'autres réseaux électriques, dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour atteindre les objectifs de la dite loi. Cette délégation de compétence permet d'appliquer à d'autres réseaux d'électricité les principes contenus dans la présente loi concernant la sécurité de l'approvisionnement et l'accès des tiers au réseau. En l'état actuel des choses, on pense en premier lieu au réseau électrique des chemins de fer. Sur le plan technique, ce réseau électrique se distingue nettement du réseau d'approvisionnement

général. Le réseau électrique des chemins de fer fonctionne avec du courant alternatif de 16,7 Hz. Il présente des pointes de puissances très importantes en raison de l'horaire cadencé. En outre, il présente des mailles moins fines que le réseau d'approvisionnement général et est, de ce fait, plus sensible aux perturbations du réseau. Si, au nom de l'efficacité du marché de l'électricité, le Conseil fédéral devait étendre le champ d'application de la LAPEI à d'autres réseaux d'électricité comme celui des chemins de fer, il devrait tenir compte des exigences techniques particulières de ces réseaux ainsi que de la dimension prioritaire du fonctionnement des chemins de fer. Art. 3 Subsidiarité et coopération L'al. 1 ancre le principe de coopération dans la loi. En vertu de ce principe, la Confédération et les cantons associent les organisations intéressées à la mise en œuvre de la loi. A l'échelon de la Confédération, le Conseil fédéral est explicitement autorisé à associer des organisations privées à la mise en œuvre (cf. art. 28, al. 4). L'Association des entreprises électriques suisses (AES) est un partenaire de premier plan, mais la collaboration s'étend également à des organisations d'autres domaines, comme les organisations de consommateurs. L'al. 2 énonce le principe de la prééminence des mesures privées sur les mesures étatiques (principe de subsidiarité). Il s'applique aussi bien à la Confédération qu'aux cantons. Ces deux entités sont tenues d'examiner les conventions privées avant d'adopter des prescriptions d'exécution et de les intégrer le cas échéant dans leur législation d'exécution. La compatibilité avec les principes de la loi et la présence en temps utile sont réservées. Des conventions privées peuvent également être incorporées intégralement ou partiellement dans la législation d'exécution même si toute l'industrie de l'électricité

1528 n'y participe pas. On récompense ainsi les organisations et les entreprises qui trouvent des règles d'exécution appropriées tout en visant dans la loi celles qui n'adhèrent pas aux conventions («free riders»). Avant de reprendre des conventions privées dans les dispositions d'exécution, il convient d'examiner s'il n'existe pas d'autres solutions proches de la pratique qui permettraient au législateur de mieux atteindre l'objectif visé. Art. 4 Définitions Etant donné la rapidité des progrès scientifiques et de l'évolution internationale, les concepts relevant du domaine de l'approvisionnement en électricité, techniquement complexe, doivent pouvoir être adaptés rapidement. L'al. 2 accorde la flexibilité requise au Conseil fédéral. 2.2.2 Chapitre 2 Sécurité de l'approvisionnement 2.2.2.1 Section 1 Garantie de l'approvisionnement de base Art. 5 Zones de desserte et garantie de raccordement Conformément à l'al. 1, les cantons désignent les zones de desserte des gestionnaires de réseau opérant sur leur territoire. Une zone de desserte recouvre, en principe, le secteur géographique dans lequel les consommateurs finaux d'une région sont reliés au réseau d'un gestionnaire de réseau. L'objectif est d'empêcher l'existence de zones de desserte dites orphelines. Il ne doit par exemple pas être laissé au bon vouloir d'un gestionnaire de réseau de juger s'il y a lieu de continuer à exploiter un réseau d'électricité dans une région économiquement non rentable (vallées reculées). L'attribution d'une zone de desserte doit reposer sur le droit cantonal. Il faut tenir compte à cet égard de tous les droits constitutionnels et notamment du principe de l'égalité de traitement. Dans la mesure du possible, les conditions actuelles de propriété des réseaux doivent être conservées. Les cantons peuvent déléguer l'attribution des zones de desserte aux communes. En règle générale, l'attribution d'une zone de desserte doit se faire sous la forme d'un acte administratif pouvant faire l'objet d'un recours selon le droit cantonal. Pour renforcer l'approvisionnement de base, les cantons peuvent octroyer des mandats de prestations au gestionnaire du réseau. On pense par exemple à l'obligation d'assurer l'éclairage public, de maintenir certaines capacités de réserve, voire d'offrir des prestations d'approvisionnement

ou des services énergétiques dépassant les exigences de la LApEl. L'al. 2 ancre l'obligation de raccordement dans la loi. Tous les consommateurs finaux se trouvant en zone construite et tous les producteurs d'électricité (également en dehors de la zone construite) ont le droit d'être raccordés au réseau de transport et de distribution. Le droit légal au raccordement aux réseaux d'électricité est un élément fondamental de l'approvisionnement de base. Sont réservées les dispositions fédérales, cantonales et communales divergentes, qui interdisent ou soumettent au régime de l'autorisation le raccordement de certains équipements électriques, pour des raisons de sécurité technique ou de politique énergétique (par ex. art. 7 LEn ou dispositions cantonales sur les chauffages électriques concernant la quantité

1529 d'énergie à fournir). Les exigences techniques minimales imposées en matière de raccordement aux réseaux d'électricité (cf. art. 8, al. 1, let. d) doivent être remplies et il faut garantir que la stabilité du réseau ne soit pas compromise. Conformément à l'al. 3, les cantons peuvent, par exemple, rendre une décision obligeant les gestionnaires de réseau opérant sur leur territoire à raccorder également des consommateurs finaux situés en dehors de leur zone de desserte. Ils doivent toutefois respecter le principe de la proportionnalité. Ce principe est respecté si aucune autre forme d'approvisionnement n'est possible ou si aucune ne serait supportable économiquement (l'auto-approvisionnement est très onéreux) et le gestionnaire du réseau concerné présente les conditions d'exploitation requises et a les moyens techniques, et économiques nécessaires pour répondre à cette obligation. L'al. 4 permet aux cantons de prévoir des exceptions précises à l'obligation de raccordement, par exemple pour les régions très isolées où les coûts de raccordement seraient exagérément élevés et où l'on peut raisonnablement exiger des habitants qu'ils supportent économiquement l'exploitation d'une installation assurant la couverture de leurs besoins en électricité. Le périmètre d'urbanisation est généralement moins étendu que la zone de desserte d'un gestionnaire de réseau. Le terme de périmètre d'urbanisation inclut les zones à bâtir et les extensions éventuelles de ces dernières selon le plan directeur cantonal. Les cantons peuvent aussi faire en sorte que des coûts de raccordement prohibitifs ne viennent pas vider de sa substance le principe d'accès non discriminatoire au réseau. Contrairement aux al. 1 à 4, l'al. 5 est exécuté par la Confédération et non par les cantons (cf. art. 28, al. 1). Pour répondre aux réserves relevant de la loi sur les cartels (entente dans une branche), le Conseil fédéral a la possibilité de fixer des principes réglant l'attribution des clients à des niveaux de tension donnés. Il appartient néanmoins aux gestionnaires de réseau, conformément au principe de subsidiarité (cf. art. 3), de convenir ensemble de règles transparentes et non discriminatoires pour attribuer les consommateurs finaux, les producteurs d'électricité et les exploitants de réseau à un niveau de tension donné. L'attribution à un niveau de tension donné doit reposer sur des critères uniformes dans toute la Suisse. L'Elcom tranche en cas de litige. Art. 6 Garantie de fourniture et tarification pour les ménages Cette disposition est valable uniquement durant la première phase d'ouverture du marché (cf. art. 30). Au cours de cette période, les ménages n'ont pas accès au réseau (cf. art. 13, al. 2, LApEl). Les ménages ne sont pas libres de choisir leur fournisseur d'électricité et la loi leur accorde donc un statut spécial. Selon l'art. 30, al. 2, LApEl, l'Assemblée fédérale décidera cinq ans après l'entrée en vigueur de la loi, au moyen d'un arrêté fédéral sujet au référendum, du passage de l'ouverture partielle à l'ouverture intégrale du marché, et par conséquent de l'abrogation de cette disposition. L'al. 1 dispose que le gestionnaire du réseau de transport a une obligation d'approvisionnement envers les ménages. Ces derniers ont le droit de se voir livrer en tout temps la quantité d'électricité qu'ils désirent, au niveau de qualité requis et à des prix équitables. L'al. 2 formule deux principes régissant les

tarifs d'électricité. Le premier, un principe de solidarité, prévoit d'appliquer des tarifs d'électricité identiques aux ménages

1530 présentant les mêmes caractéristiques de consommation au sein du réseau d'un gestionnaire de réseau. Le second prévoit de protéger les tarifs d'électricité contre les variations saisonnières imprévisibles. Des tarifs différenciés, comme un tarif été et un tarif hiver, ou un bas tarif et un haut tarif, restent toutefois possibles. Les tarifs d'électricité doivent être publiés et être décomposés en plusieurs éléments: fourniture d'énergie, utilisation du réseau, taxes et prestations fournies à des collectivités publiques. Selon l'al. 3, les tarifs d'utilisation du réseau se calculent d'après les mêmes principes pour les ménages et pour les consommateurs finaux libres de choisir leur fournisseur. 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. Selon l'art. 21, al. 2, let. a, LApEl, la surveillance des tarifs d'électricité incombe à l'autorité de régulation (Elcom). Les gestionnaires des réseaux de distribution auront un accès totalement libre au marché dès l'entrée en vigueur de la loi. Cela leur permettra de se séparer de leurs fournisseurs actuels et de se procurer de l'énergie au meilleur prix sur le marché. L'al. 4 les contraint toutefois à faire profiter les ménages du bénéfice ainsi réalisé. Art. 7 Modèle «Approvisionnement en électricité garanti» Cet article sera mis en vigueur par voie d'arrêté fédéral cinq ans après l'entrée en vigueur de la présente loi (cf. art. 30). Conformément à l'art. 13, al. 1, les ménages pourront, dès l'ouverture intégrale du marché, choisir d'opter pour le modèle «Approvisionnement en électricité garanti» (MAG) et garder leur fournisseur habituel ou s'adresser à un autre fournisseur d'électricité. Au cas où un ménage ne ferait rien, il continuerait d'être approvisionné par le distributeur final local. Conformément à l'al. 1, les gestionnaires de réseaux de distribution sont tenus de fournir de l'électricité aux ménages renonçant à l'accès au réseau de leur zone de desserte à des prix équitables. Afin de pouvoir apprécier le caractère équitable de la composante fourniture d'énergie et empêcher un subventionnement croisé des consommateurs finaux libres de choisir leur fournisseur, l'al. 3 impose aux gestionnaires de réseau de tenir une comptabilité structurée en type de consommateurs finaux chargés d'assumer les frais pour la fourniture d'énergie aux ménages renonçant à l'accès au réseau. Les distributeurs finaux peuvent ainsi prouver, si besoin est, que les tarifs d'énergie se fondent sur les coûts effectifs. Selon l'art. 21, al. 2, let. a, la surveillance des tarifs d'électricité incombe à l'autorité de régulation (Elcom). L'al. 2 fixe premièrement un principe de solidarité pour les tarifs d'électricité des ménages renonçant à l'accès au réseau. Les ménages présentant les mêmes caractéristiques de consommation doivent bénéficier de tarifs identiques. Deuxièmement, il prévoit que les tarifs d'électricité doivent être protégés contre les variations saisonnières imprévisibles. Des tarifs différenciés, comme un tarif été et un tarif hiver, ou un bas tarif et un haut tarif, restent toutefois possibles. Les tarifs d'électricité doivent être publiés et être décomposés en plusieurs éléments: fourniture d'énergie, utilisation du réseau, les taxes et prestations fournies à des collectivités publiques.

1531 L'al. 4 confère au Conseil fédéral la compétence de régler les détails de l'approvisionnement des consommateurs finaux selon l'al. 1. Les modalités sont essentiellement les délais à respecter en cas de changement de fournisseur. 2.2.2.2 Section 2 Sécurité de

l'approvisionnement Art. 8 Tâches des gestionnaires de réseau La responsabilité d'un approvisionnement sûr incombe en premier lieu aux entreprises du secteur de l'électricité. Le présent article règle les tâches des gestionnaires de réseau pour le secteur du réseau représentant un monopole naturel, non soumis à la concurrence directe. Par gestionnaire de réseau, on entend aussi bien les gestionnaires de réseaux de distribution que le gestionnaire suisse du réseau de transport. La sécurité du réseau dépendant de chaque gestionnaire connecté, l'al. 1 institue une obligation générale de coordination pour les activités des gestionnaires de réseau. La let. a doit être interprétée comme une obligation globale de veiller à un développement adéquat, à une exploitation sûre et à un entretien constant du réseau. Parmi les autres tâches énumérées explicitement, mais de manière non exhaustive, à l'al. 1, figurent l'organisation de l'utilisation du réseau régulation y comprise la constitution de réserves de capacités de réseau suffisantes et la promulgation des exigences techniques et d'exploitation minimales pour le fonctionnement du réseau. A cet égard, les gestionnaires de réseau sont tenus de reprendre et de fixer dans des dispositions contraignantes les normes et recommandations internationalement reconnues, comme le manuel des opérations de l'UCTE (Union for the Coordination of Transmission of Electricity), pour le fonctionnement du réseau en Suisse. Les plans pluriannuels selon l'al. 2 permettent d'assurer la sécurité de l'approvisionnement à moyen et à long terme. L'al. 3 vise le même but, puisqu'il impose aux gestionnaires de réseau d'informer chaque année l'Elcom de la situation des réseaux par voie de rapport. Cette obligation ne doit pas entraîner de charge administrative disproportionnée. C'est pourquoi le Conseil fédéral peut, conformément à l'al. 4, prévoir des allègements pour les gestionnaires de réseau de moindre importance. Dans le cadre de la LME, beaucoup avaient fait observer que la loi ne prévoyait pas de garanties suffisantes pour imposer aux gestionnaires de réseau de respecter leurs obligations. L'al. 5 stipule donc qu'en cas de non-respect des obligations le Conseil fédéral peut prévoir d'imposer des sanctions, mesures de substitution comprises. Cela signifie concrètement que des travaux d'entretien peuvent être ordonnés aux frais d'un gestionnaire de réseau négligent. Le Conseil fédéral détermine par voie d'ordonnance quelle autorité prononcera les sanctions. Art. 9 Mesures en cas de mise en danger de la sécurité de l'approvisionnement Conformément au principe de subsidiarité ancré à l'art. 3 LApEl, la garantie de l'approvisionnement en électricité incombe en premier lieu aux entreprises du secteur de l'électricité. Les entreprises de la branche, dans le respect de la loi sur les cartels, s'associent pour planifier, préparer et exécuter les interventions destinées à empêcher une congestion ou à l'éliminer. Tant qu'elles peuvent s'acquitter de leurs tâches et le font correctement, la Confédération doit intervenir le moins possible. Ce

1532 principe repose sur l'article constitutionnel sur l'énergie (art. 89 Cst.) et se retrouve également dans le domaine de l'approvisionnement économique du pays. Les mesures du Conseil fédéral mentionnées à l'art. 9 doivent être comprises comme des mesures de dernière extrémité. Le Conseil fédéral ne peut y recourir en vue d'assurer un approvisionnement national en électricité sûr et à des prix abordables que si les entreprises de la branche ne peuvent plus y pourvoir par leurs propres moyens. La série d'interventions proposée vise à garantir à titre subsidiaire l'approvisionnement à moyen terme ou à long terme. Les interventions à brève échéance en vue de remédier à une congestion passagère relèvent de l'approvisionnement économique du pays, dès lors que les entreprises électriques ne peuvent pas prendre de mesures efficaces pour éliminer cette pénurie. Il faut voir l'art. 9 dans le contexte du monitoring prévu à l'art. 21, al. 3. Selon cet article, l'Elcom observe l'évolution de l'approvisionnement national et international en électricité en vue

d'assurer un approvisionnement sûr et à des coûts raisonnables dans toutes les parties du pays. Elle se fonde pour cela sur les rapports complets des gestionnaires de réseau prévus à l'art. 8, al. 3, LApEl. Si ce monitoring conduit l'autorité de régulation à discerner dans un avenir plus ou moins rapproché un danger non négligeable pour la sécurité d'approvisionnement du pays et que les entreprises de la branche ne peuvent pas y remédier par leurs propres moyens, l'Elcom, en accord avec l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays, propose au Conseil fédéral, en vertu de l'art. 21, al. 4, de prendre des mesures relevant de l'art. 9. Outre les interventions visées par cet article, l'Elcom peut, d'entente avec l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays, proposer au Conseil fédéral de prendre des mesures s'appuyant sur l'art. 28 de la loi du 8 octobre 1982 sur l'approvisionnement économique du pays (LAP, RS 531). Ce seront par exemple des interdictions d'exporter ou des interventions en vue de réduire la consommation d'électricité. En prenant les mesures visées à l'art. 9, le Conseil fédéral devrait respecter le principe de la proportionnalité. Il choisira les interventions les moins draconiennes pour atteindre l'objectif requis (assurer l'approvisionnement). Selon l'al. 2, le Conseil fédéral peut mettre en soumission, en respectant les règles de la concurrence, l'augmentation de l'efficacité de l'utilisation de l'électricité et l'acquisition d'électricité. Il doit alors formuler les exigences auxquelles devra satisfaire le projet en matière de sécurité de l'approvisionnement et de rentabilité. Les entreprises chargées de l'approvisionnement en électricité peuvent devoir faire face à des surcoûts suite aux mesures prises en vue d'augmenter l'efficacité ou d'acquérir de l'électricité. Dans le cas de la construction de nouvelles capacités, ces surcoûts correspondent à la différence entre les coûts de réalisation et les prix réels de l'électricité sur le marché. Selon l'al. 3, ces surcoûts peuvent être imputés au gestionnaire suisse du réseau de transport. Ce dernier peut les répercuter sur la rétribution de l'utilisation du réseau de transport. L'art. 9 ne comporte aucune réglementation explicite concernant le financement des mesures de renforcement et de développement des réseaux d'électricité. Ce financement doit être assuré par le biais de la rétribution de l'utilisation du réseau (art. 14). En vertu de l'art. 21, al. 2, l'Elcom peut en outre décider de l'affectation des recettes provenant de procédures d'attribution axées sur les règles du marché.

1533 2.2.3 Chapitre 3 Utilisation du réseau 2.2.3.1 Section 1 Séparation des activités, comptabilité et information Art. 10 Séparation des activités L'exploitation séparée du réseau et des autres activités d'une EAE vise à permettre un accès au réseau transparent et non discriminatoire sur le modèle du Regulated Third Party Access (cf. art. 13). Le pouvoir de marché résultant de l'exploitation de réseau ne doit par conséquent pas, aux termes de l'al. 1, engendrer d'abus dans les marchés situés en amont et en aval, tels que la production, le commerce et l'approvisionnement. Le risque, est notamment celui de subventions croisées entre l'exploitation monopolistique du réseau et les domaines d'activité soumis à la concurrence. La LME prévoyait encore que les anciens clients bénéficieraient d'un traitement de faveur en termes d'approvisionnement. En vertu du principe de non-discrimination, cette dérogation doit désormais être abolie également à l'échelon du réseau de distribution. Cela ne devrait guère avoir de conséquences dans la pratique. En cas de changement de fournisseur, le réseau de distribution ne risque normalement pas d'être surchargé, le nouveau fournisseur occupant la capacité libérée par son prédécesseur. L'al. 2 veille à ce qu'une EAE ne dispose pas, du fait des informations obtenues dans le cadre de son activité, d'un avantage économique sur ses concurrents potentiels. L'al. 3 précise la séparation des activités à l'échelon du réseau de distribution par la nécessité de procéder à

une séparation sur le plan comptable. Compte tenu du fait que l'approvisionnement en électricité en Suisse est en grande partie assuré par des entreprises de petite taille et qu'une séparation sur le plan de l'organisation serait très difficile à contrôler, la LApEl renonce à imposer la première en ce qui concerne les réseaux de distribution. Cette mesure est conforme à la directive sur le marché de l'électricité (2003/54/CE), qui dans son art. 15, ch. 2, concède la possibilité de renoncer à la séparation sur le plan de l'organisation pour les entreprises d'électricité intégrées qui approvisionnent moins de 100 000 clients connectés. L'al. 4 exige de la part des propriétaires de réseaux une séparation comptable mais également une séparation juridique entre le secteur du réseau de transport et les autres activités telles que la production, le commerce et la distribution. Dans ce contexte, il convient de mentionner l'obligation faite à tous les gestionnaires actuels de réseaux de transport de réunir l'exploitation du réseau de transport dans une seule et même société (art. 18 s.).

**Art. 11 Comptes annuels et comptabilité analytique** La séparation des activités exigée à l'art. 10 est précisée à l'al. 1, dans la mesure où les gestionnaires et les propriétaires de réseaux de distribution et de transport sont tenus d'établir pour chaque réseau une comptabilité analytique et des comptes annuels, tous deux distincts des autres secteurs d'activité. Cette exigence est applicable quelle que soit la forme juridique de l'entreprise; elle concerne donc également les entreprises de droit public. Elle s'applique aussi au gestionnaire du réseau suisse de transport ainsi qu'aux propriétaires des réseaux de

1534 distribution et de transport lorsque l'exploitation du réseau et la propriété sont dissociées l'une de l'autre. Au vu des nombreux systèmes d'établissement des comptes en vigueur (selon la forme juridique, le régime de propriété ou le degré d'internationalisation) et de la grande marge de manœuvre qui existe en matière de comptabilité, le Conseil fédéral se réserve le droit, à l'al. 2, de fixer des exigences minimales à respecter pour uniformiser l'établissement des comptes et la comptabilité tant que les gestionnaires de réseau ne parviennent pas eux-mêmes, sur la base de mesures librement consenties, au degré d'uniformisation exigé (cf. principe de subsidiarité fixé à l'art. 3). Une uniformisation sera nécessaire étant donné que la comptabilité, outre sa fonction traditionnelle de comptabilité interne, permettra à l'avenir à l'Elcom de contrôler les coûts imputables. Une méthode uniforme comme un schéma comptable contraignant sont indispensables si l'on souhaite assurer une transparence et permettre une comparaison qui garantiront une régulation efficace des rétributions pour l'utilisation du réseau.

**Art. 12 Information et facturation** Selon l'al. 1, les gestionnaires de réseau sont tenus de mettre à disposition les informations nécessaires afin d'assurer la transparence requise. Il s'agit notamment de publier les tarifs d'utilisation du réseau, les tarifs d'électricité (pour les clients selon les art. 6 et 7), les exigences techniques minimales de raccordement au réseau ainsi que les comptes annuels. En ce qui concerne la facturation, l'al. 2 exige que les tarifs d'utilisation du réseau et les coûts de l'énergie, pour autant que l'entreprise fournisse de l'électricité à des consommateurs finaux, figurent séparément sur la facture. Sont considérés comme consommateurs finaux non seulement ceux qui ont accès au réseau mais également les ménages durant l'ouverture partielle du marché (art. 6) et, après l'ouverture intégrale du marché, tous les ménages qui renonceront au libre choix du fournisseur (art. 7). Les redevances et prestations fournies aux collectivités publiques sont mentionnées séparément en vue d'assurer une plus grande transparence en ce qui concerne l'utilisation du réseau. Il s'agit notamment des redevances et prestations qui, selon l'art. 1, font partie de la rétribution de l'utilisation du réseau. Il s'agit par exemple des redevances de concession pour l'utilisation spéciale de terrains publics pour le déplacement de conduites. Les

redevances hydrauliques et les autres prestations fondées sur les concessions d'utilisation de la force hydraulique ne sont pas concernées, dans la mesure où il ne s'agit pas de coûts d'exploitation du réseau mais de coûts de production. Pour éviter que les clients finaux hésitent à changer de fournisseur en raison des coûts que cela occasionnerait, l'al. 3 prévoit qu'en cas de changement dans le délai de résiliation, aucun coût de transfert ne peut être facturé. Pour déterminer si un changement est autorisé, il faut consulter les contrats en vigueur et les droits d'accès au réseau selon l'art. 13, al. 1, LApEl.

1535 2.2.3.2 Section 2 Accès au réseau et rétribution de l'utilisation du réseau Art. 13  
Accès au réseau Cet article précise le droit d'utilisation du réseau. L'accès au réseau garantit aux personnes physiques et morales la liberté d'acquérir de l'électricité auprès d'un fournisseur librement choisi ou d'en injecter dans le réseau. La réglementation d'accès au réseau prévue ici est une réglementation fixée par une loi spéciale, qui exclut l'application de la loi sur les cartels. Elle se base sur le principe d'un accès au réseau réglementé sur une base contractuelle (Regulated Third Party Access). En vertu de l'al. 1, tout gestionnaire de réseau est tenu de par la loi d'accorder l'accès au réseau. Il convient en outre d'observer que le gestionnaire de réseau doit respecter le principe de non-discrimination lorsqu'il attribue les capacités disponibles. Le gestionnaire de réseau, particulièrement lorsqu'il fait partie d'une entreprise d'approvisionnement d'électricité verticalement intégrée, n'a le droit de favoriser sa propre entreprise ni une entreprise liée (art. 10). L'accès au réseau est garanti à tous (consommateur final, entreprise d'approvisionnement en électricité, producteur d'électricité, entreprise faisant le commerce d'électricité), sauf aux ménages (al. 2). Cette restriction du droit d'accès au réseau sera abolie lors de l'ouverture intégrale du marché (cf. art. 30). L'al. 3 énumère de manière exhaustive les motifs justifiant le refus d'accorder l'accès au réseau. Il incombe au gestionnaire de réseau qui entend prononcer un refus de démontrer l'existence d'un tel motif. Il doit le faire par écrit dans les

### **E. 5.1**

Constitutionnalité Le projet s'appuie en particulier sur l'art. 91 de la Constitution (Cst., RS 101) qui confère à la Confédération la compétence de réglementer le transport et la fourniture d'électricité (cf. l'expertise de l'Office fédéral de la Justice du 23 octobre 1996 concernant les compétences constitutionnelles de la Confédération sur le plan de l'industrie de l'électricité, qui cite d'autres références). Sur la base de cette compé-

1559 tence législative étendue, la Confédération peut notamment monopoliser le transport, décréter des prescriptions tarifaires, établir des règlements concernant les entreprises du secteur de l'électricité, ancrer un droit d'accès au réseau ou prévoir des mesures en matière de sécurité de l'approvisionnement, telles que des obligations de raccorder au réseau ou de fournir de l'électricité. Les projets restreignent deux droits fondamentaux: la garantie de la propriété et la liberté économique (art. 26 et 27 Cst.). Cette restriction est admissible pour autant qu'elle se fonde sur une base légale formelle, qu'elle soit justifiée par un intérêt public et proportionnée au but visé, et que l'essence des droits fondamentaux ne soit pas violée (art. 36 Cst.). La condition de la base légale est remplie avec l'adoption de la LApEl et la modification de la LIE. L'intérêt public est présent aussi: la séparation, sur le plan juridique, du transport d'électricité, de sa production et de sa distribution par la création d'un gestionnaire national de réseau de transport, est nécessaire pour garantir la sécurité de l'approvisionnement et permettre un accès non discriminatoire au réseau et, par conséquent, assurer la concurrence sur les marchés en amont et en aval. La séparation de la comptabilité et des comptes de coût pour les réseaux de distribution, quant à elle, est nécessaire pour

garantir la transparence des coûts. Les restrictions subies par la garantie de la propriété et la liberté économique répondent en outre au principe de la proportionnalité; elles sont nécessaires et appropriées pour garantir un marché de l'électricité à la fois sûr et axé sur la concurrence. Elles n'outrepassent pas ce qui doit être raisonnablement fait pour atteindre les buts visés, elles sont acceptables par rapport à ces objectifs et ne portent pas atteinte à l'essence des deux droits fondamentaux. La restriction de la garantie de la propriété et de la liberté économique qu'introduisent les projets est par conséquent admissible (cf. expertise du 2 septembre 2003 de Stefan Rechsteiner, sur les questions juridiques liées à création d'une société suisse pour l'exploitation du réseau de transport d'électricité).

## **E. 5.2**

Rapports avec les autres lois fédérales

### **E. 5.2.1**

Loi sur les cartels La loi du 6 octobre 1995 sur les cartels (LCart, RS 251) vise à empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économiques ou social imputables aux cartels ou autres restrictions à la concurrence et à promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art.1 LCart). Cette loi s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou qui participent à des concentrations d'entreprises (art. 2, al. 1, LCart). L'application de la LCart reste toutefois réservée dans les cas où d'autres prescriptions excluent la concurrence (art. 3, al. 1, LCart), notamment si ces prescriptions établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (art. 3, al. 1, let. a, LCart). Ainsi la loi reconnaît qu'un tel régime peut exclure la concurrence sur un segment donné du marché. Elle est néanmoins applicable à un tel régime dans un secteur économique donné lorsqu'il permet un comportement concurrentiel et peut donc voir appliqués les critères du droit de la concurrence (FF 1995 I 539). La modification de la LIE concerne le commerce transfrontalier d'électricité et n'a pas de répercussion sur la loi sur les cartels.

1560 La LApEl contient notamment des prescriptions sur le droit d'utiliser le réseau (accès au réseau) et le niveau de la rétribution de l'utilisation du réseau. Il existe par conséquent pour ces segments une réglementation spéciale. Il ne reste donc, ici, aucune place pour une application de la loi sur les cartels. Dans les autres domaines de l'industrie électrique, la loi sur les cartels reste en revanche entièrement applicable (accords et pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante, concentration d'entreprises; art. 5, 7 et 10 LCart). Dans ces domaines, la Commission de la concurrence ou son secrétariat peut lancer comme auparavant des procédures contre des entreprises de l'électricité ou examiner des projets de fusion soumis à l'obligation d'informer.

### **E. 5.2.2**

Loi concernant la surveillance des prix Selon la loi du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSPr, RS 942.20), le surveillant des prix observe l'évolution des prix et empêche les augmentations de prix abusives et le maintien de prix abusifs. La surveillance de certains prix par d'autres autorités reste réservée (art. 4 et 5 LSPr). La LApEl prévoit qu'il incombe à l'Elcom de surveiller les tarifs et rétributions de l'utilisation du réseau (seulement réseau) tout comme les tarifs de l'électricité (réseau et énergie) appliqués aux ménages durant la première étape d'ouverture et aux clients soumis au modèle MAG durant la seconde étape. Dans ce contexte, les mesures prévues par l'art. 15

LSPr pour l'implication du Surveillant des prix dans la prise de décision sont appliquées (droit d'être entendu et droit de proposition). Le Surveillant des prix (ou la Commission de la concurrence) reste responsable de la surveillance des prix de l'énergie soumis à la libre concurrence.

### **E. 5.2.3**

Loi sur l'approvisionnement du pays La loi du 8 octobre 1982 sur l'approvisionnement du pays (LAP, RS 531) régit les mesures de précaution à prendre au titre de la défense nationale économique ainsi que les mesures visant à assurer l'approvisionnement du pays en biens et en services d'importance vitale lors de graves pénuries auxquelles l'économie n'est pas en mesure de remédier par ses propres moyens (art. 1 LAP). En matière de sécurité de l'approvisionnement en électricité, la LApEl et la LAP sont complémentaires. Les deux lois prévoient des mesures pour garantir la sécurité de l'approvisionnement, mais avec un horizon temporel et un objectif différents. Ceci correspond à l'ordre constitutionnel selon lequel la politique énergétique crée les conditions-cadres pour un approvisionnement sûr, abordable et durable en énergie électrique, alors que l'objectif de l'approvisionnement du pays consiste à surmonter les situations de grave pénurie. Les mesures en matière de sécurité de l'approvisionnement selon la LApEl sont orientées à longue échéance. Elles doivent garantir aux consommateurs finaux un approvisionnement en courant électrique fiable sur le plan technique et en quantité suffisante. La LAP, en revanche, prévoit exclusivement des mesures de nature temporaire, destinées à surmonter des crises d'ordre technique, naturel, sécuritaire ou autre. Ces mesures visent essentiellement une baisse de la consommation (p.ex.

1561 interdictions d'usage, coupures de courant planifiées). En cas de déficit d'électricité existant ou prévisible à court terme, le volume d'électricité encore disponible est réparti selon des priorités économiques afin de maintenir les entreprises et fonctions d'importance vitale et d'assurer, dans la mesure du possible, un approvisionnement optimal des consommateurs privés.

### **E. 5.2.4**

Loi sur l'énergie La loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (LEn, RS 730) vise à contribuer à un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économique et compatible avec les impératifs de la protection de l'environnement (art. 1 LEn). Ces objectifs de la politique énergétique resteront de mise après l'ouverture du marché prévue par la LApEl. Il faudra donc tenir compte, en mettant en œuvre la LApEl, de l'impératif d'utilisation économe et rationnelle de l'électricité de manière économe et rationnelle en faisant davantage appel à la production indigène d'énergie hydraulique (cf. ch. 1.2.5).

### **E. 5.2.5**

Code des obligations La question du rapport avec le code des obligations (CO, RS 220) se pose notamment en ce qui concerne les contrats d'acheminement d'électricité à long terme. En principe, l'acheminement d'électricité relève de l'autonomie privée. Fixer des dispositions spéciales dans le cadre de la LApEl n'est ni nécessaire, ni utile; une réglementation globale contreviendrait au contraire au principe de l'autonomie des parties pour les entreprises concernées. La LApEl ne prévoit par conséquent pas de dispositions sur les contrats d'acheminement d'électricité. Il n'existera donc ni cessation anticipée de contrats en vertu de la loi, ni droit de résiliation anticipé au moment de l'entrée en vigueur de la LApEl. Dans certains cas, il est néanmoins possible que l'entrée en vigueur de la

LApEl aie des incidences sur la durée de validité de contrats d'acheminement d'électricité existants. De telles incidences ne proviennent toutefois pas de la LApEl, mais d'autres sources de droit. On pourrait citer comme exemple l'accord explicite entre parties contractantes de résilier un contrat d'acheminement d'électricité au moment de l'entrée en vigueur de la LApEl. Si, en revanche, les parties constatent que le contrat ne correspond plus aux nouvelles conditions sans avoir réglé cette éventualité ou être parvenu à un accord concernant une adaptation, ils peuvent sous certaines conditions exiger que la justice adapte le contrat aux nouvelles circonstances (adaptation du contrat par le juge qui comblera les lacunes et interprétant le contrat ou qui appliquera de la «clausula rebus sic stantibus»). Dans des cas extrêmes, il est en outre concevable qu'un contrat d'acheminement d'électricité à long terme soit nul et non avenu en vertu de la loi sur les cartels parce que le prestataire l'a conclu en abusant de sa position dominante sur le marché (art. 7 LCart).

1562

### **E. 5.3**

Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse Il existe dans le contexte du commerce international d'électricité des engagements ressortant du GATT de 1946 ainsi que du Traité du 17 décembre 1994 sur la charte de l'énergie<sup>7</sup> (cf. art. 18i LIE). Les dispositions de la LApEl et la modification de la LIE clarifient la question du traitement de transit selon les principes de base de ces traités. La compatibilité avec les règles internationales du commerce est établie, leurs principes étant fixés dans les projets.

### **E. 5.4**

Rapport au droit cantonal Le projet de loi sur l'approvisionnement en électricité n'affecte pas les compétences cantonales existantes en matière de production d'électricité (art. 76, al. 4, Cst. en particulier) et de consommation économe et rationnelle de l'énergie (art. 89 Cst.). Conformément à l'art. 91, al. 1, Cst., la Confédération a le droit de légiférer sur le transport et la livraison de l'électricité. Il s'agit là d'une simple norme de compétence laissant au législateur une grande marge de manœuvre pour décider quels objets il entend régler en la matière. Cette norme constitutionnelle attribue à la Confédération une compétence étendue, concurrente à celle des cantons. Il y a Compétence fédérale concurrente parce que les cantons peuvent continuer à réglementer des aspects de ce domaine, dans la mesure où la Confédération ne fait pas usage de sa compétence. Dans le cas de la LApEl et de la modification de la LIE, la Confédération exerce sa compétence en vertu d'art. 91, al. 1, Cst. puisqu'elle institue le droit d'accès au réseau (art. 13) et une rétribution obligatoire (art. 14 à 16), édicte des dispositions sur la séparation des activités (art. 10), les comptes annuels et les comptes de coûts (art. 11) et confère l'exploitation du réseau de très haute tension à un gestionnaire national du réseau de transport. Pour le reste, les cantons conservent leurs compétences, y compris en matière de transport et d'acheminement d'énergie électrique. Ces compétences comprennent le droit de fixer les tarifs ou les structures tarifaires dans la mesure où ils ne sont pas déterminés par la loi sur l'approvisionnement en électricité. Les cantons ne peuvent donc pas édicter de prescriptions autonomes restreignant les conditions du marché créées par la loi sur l'approvisionnement en électricité. D'éventuels monopoles d'approvisionnement et obligations d'achat inscrits directement ou indirectement dans la législation cantonale seront, dans la mesure où ils touchent des personnes ou entreprises jouissant du droit d'utiliser le réseau en vertu de la loi sur l'approvisionnement en électricité

(art. 13), nuls et non avenus dès l'entrée en vigueur de la loi (art. 2 Cst.) et devront par conséquent être abrogés. Compte tenu de cette répartition des compétences, les cantons peuvent notamment, dans le cadre de la liberté économique, imposer la création sur leur territoire d'une société cantonale pour l'exploitation des réseaux à basse tension (qui n'appartient pas au gestionnaire suisse du réseau de transport). De même, la loi sur l'approvisionnement en électricité n'empêche aucunement les cantons et les communes d'édicter des dispositions prévoyant la perception d'un supplément sur le prix de l'électricité pour promouvoir les mesures d'économie et les énergies renouvela-

6 RS 0.632.20 7 RS 0.730.0

bles ou l'introduction de taxes d'incitation sur la consommation d'électricité. Dans ces domaines, les compétences cantonales restent intactes. Dans un marché libéralisé, l'acheminement d'électricité à travers un terrain public (p.ex. pré communal) sera considéré comme une forme d'utilisation spéciale d'un domaine public. Comme par le passé, les pouvoirs publics pourront octroyer ce droit au moyen d'une concession et exiger une indemnité (redevance de concession) en contrepartie de cette utilisation spéciale (acheminement d'électricité). La loi sur l'approvisionnement en électricité ne contient aucune disposition restreignant l'autonomie des cantons ou des communes de quelque manière que ce soit. Il convient toutefois de remarquer que les indemnités (facultatives ou imposées par la loi) versées jusqu'à présent par l'industrie électrique seront menacées en cas d'ouverture du marché. Elles ne pourront être maintenues que si elles sont transparentes (art. 12, al. 2, 6, al. 2, 7, al. 2, LApEl) et justifiées. En vertu du droit fédéral, l'attribution de droits d'eau par les cantons et les communes est régie par les dispositions correspondantes de la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH, RS 721.80). Conformément à ces dispositions, les autorités cantonales ou communales sont libres d'imposer des conditions et des charges. Ici non plus, la LApEl ne prévoit aucune restriction. La LApEl contient aux art. 5 à 9 des dispositions concernant la garantie de l'approvisionnement de base et la sécurité de l'approvisionnement (service universel). Les art. 5, al. 1 à 4 (zones de desserte et garantie de raccordement) et 14, al. 4 (réduction des différences entre les tarifs d'acheminement) doivent être exécutés par les cantons (art 28, al. 1, LApEl). Ils peuvent s'acquitter de ces tâches d'exécution en édictant des dispositions cantonales correspondantes ou en changeant ou adaptant des concessions (p. ex. en attachant des conditions et charges à la concession).

## **E. 5.5**

Rapport au droit européen

### **E. 5.5.1**

Prescriptions en la matière dans l'UE Le 1er juillet 2004, l'UE a mis en vigueur de nouvelles prescriptions à la fois sur l'harmonisation de la mise en œuvre du marché européen de l'électricité et sur le commerce d'électricité transfrontalier. Il s'agit de la directive 2003/54/CE du Parlement Européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/EG8 ainsi que du règlement (CE) n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour des échanges transfrontaliers d'électricité<sup>9</sup>. La directive concernant le marché de l'électricité 2003/54/CE contient notamment les dispositions suivantes: – Les Etats membres doivent ouvrir le marché au 1er juillet 2004 à tous les consommateurs finaux «non-ménages», et au 1er juillet 2007 à tous

les clients, donc également aux ménages. Afin d'éviter des déséquilibres entre deux Etats membres lors de l'ouverture des marchés, des livraisons trans-frontalières peuvent être interdites en vertu du principe de réciprocité si le

8 JO L 176 du 15 juillet 2003, p. 37 ss. 9 JO L 176 du 15 juillet 2003, p. 1 ss.

1564 client n'a accès au marché que selon les réglementations du pays destinataire, mais non du pays originaire de la livraison d'électricité. – Pour protéger les ménages et les PME, les Etats membres peuvent prendre des mesures garantissant l'approvisionnement de base. – Pour la construction de nouvelles installations destinées à la production d'électricité, les Etats membres sont tenus de prévoir une procédure d'autorisation transparente et non discriminatoire. La responsabilité de mettre à disposition suffisamment de capacité relève en premier lieu des entreprises de l'industrie de l'électricité. Les appels d'offres lancés par les Etats membres en vue de la construction de nouvelles capacités de production ne sont autorisés que lorsque les efforts fournis par les entreprises de l'industrie de l'électricité sont insuffisants, c'est-à-dire en cas de défaillance du marché. – L'exploitation du réseau de transport doit être assurée par une société indépendante. Si cette société fait partie d'une entreprise verticalement intégrée, il faut en garantir l'indépendance par rapport aux propriétaires et aux autres activités économiques de l'entreprise verticalement intégrée. La société doit être une personne juridique indépendante et une direction agissant de manière autonome. Les membres de la direction n'ont donc pas le droit d'exercer une activité dans d'autres secteurs de l'entreprise propriétaire. Une obligation de séparer la société de l'entreprise verticalement intégrée sur le plan de la propriété n'est toutefois pas exigée. – L'accès des tiers au réseau de transport et de distribution doit se faire sur la base de tarifs approuvés et publiés. L'accès au réseau ne peut être refusé qu'en l'absence de capacité disponible et à condition que ce refus soit motivé. – Les Etats membres doivent désigner un ou plusieurs organes en tant qu'autorité de régulation. Celle-ci doit notamment garantir le fonctionnement du marché par le biais des autorisations et de surveillance et statuer sur les recours contre les gestionnaires de réseau. Dans le règlement 1228/2003, les dispositions suivantes ont un intérêt particulier: – Modalités de compensation des coûts des réseaux de transport résultant du commerce transfrontalier d'électricité. – Principes pour la gestion de congestions du réseau.

### **E. 5.5.2**

Compatibilité de la législation suisse avec le droit de l'UE En principe, la LApEl est compatible avec le droit de l'UE. Des différences existent sur le plan de la rapidité de l'ouverture du marché et de la séparation des réseaux de distribution. Alors que le marché au sein de l'UE est déjà ouvert pour les consommateurs finaux, ménages exceptés, depuis le 1er juillet 2004 et qu'il doit l'être pour les ménages à partir du 1er juillet 2007, une ouverture du marché pour les «non-ménages» sera introduite en Suisse au moment de l'entrée en vigueur de la LApEl (prévue pour

1565 2007). Les ménages auront la possibilité d'opter pour le marché libre cinq ans après l'entrée en vigueur de la LApEl (soit en 2012), par décision de l'Assemblée fédérale. La séparation organisationnelle des activités est exigée par l'UE non seulement pour les gestionnaires des réseaux de transport appartenant à une entreprise verticalement intégrée, mais aussi pour les exploitants de réseaux de distribution fournissant plus de 100 000 consommateurs finaux. Cette différence a toutefois peu de conséquences sur le plan pratique, la Suisse ne comptant que fort peu d'EAE avec plus de 100 000 consommateurs

finaux. La compatibilité de la modification de la loi sur les installations électriques avec le droit de l'UE est également assurée, sauf en ce qui concerne les possibilités d'affectation des recettes provenant de la procédure d'attribution axée sur le marché de capacités de transport transfrontalières. En vertu de l'art. 18i, les recettes provenant de procédures d'attribution axées sur les règles du marché peuvent être utilisées pour l'indemnisation d'autres coûts du réseau de transport, notamment pour une indemnisation adéquate des risques encourus par les propriétaires privés. De l'avis de représentants de la Commission européenne, cette affectation des recettes est toutefois défendable, étant donné qu'il s'agit d'une solution transitoire jusqu'à l'entrée en vigueur de la LApEl.

#### **E. 5.6**

Forme de l'acte législatif Conformément à l'art. 164 Cst., toutes les dispositions importantes fixant les règles de droit doivent être édictées sous forme de loi fédérale. Les présents projets répondent à cette exigence puisqu'ils révèlent la forme d'une loi (LApEl et modification de la LIE). En ce qui concerne l'entrée en vigueur et l'abrogation de divers articles de la LApEl, cette dernière prévoit, conformément à l'art. 163, al. 2, Cst., d'édicter l'acte sous la forme d'un arrêté fédéral. Les arrêtés fédéraux sont soumis au référendum facultatif, pour autant que la Constitution et la loi prévoient (art. 141, al. 1 let. c, Cst.). Dans le cas présent, le référendum facultatif est prévu explicitement par la LApEl (art. 30, al. 2, let. c, LApEl).

#### **E. 5.7**

Frein aux dépenses Selon l'art. 159, al. 3, let. b, Cst., les dépenses doivent être approuvées par la majorité des membres de chaque conseil, si l'arrêté entraîne une nouvelle dépense unique de plus de 20 millions de francs ou de nouvelles dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs. Dans le cas présent, seuls les coûts liés à l'Elcom pourraient être soumis au frein aux dépenses. Le Conseil fédéral part cependant de l'idée que ces coûts seront couverts par les émoluments et les taxes de surveillance (cf. ch. 3.1).

1566

#### **E. 5.8**

Délégation de la compétence d'édicter des règles de droit La compétence d'édicter des règles de droit peut être déléguée au moyen d'une loi fédérale dans la mesure où la Constitution fédérale ne l'exclut pas (art. 164, al. 2 Cst.). La Constitution considère notamment comme restriction générale de la délégation l'exigence selon laquelle les dispositions importantes et fondamentales doivent être édictées sous la forme d'une loi (art. 164, al. 1, Cst.). Le Conseil fédéral peut édicter des ordonnances fixant les règles de droit dès lors que la délégation de cette compétence est prévue par une loi au sens formel qu'elle concerne un objet de réglementation spécifique et que, en cas d'atteintes graves aux droits individuels, les principes sont fixés dans la loi formelle proprement dite (cf. art. 182, al. 1, Cst.). Les présents projets contiennent diverses normes de délégation. Ils répondent à ces exigences. La LApEl prévoit en outre la possibilité d'une subdélégation: le Conseil fédéral peut déléguer à l'Office fédéral de l'énergie le pouvoir de conclure des conventions internationales au contenu technique ou administratif et d'édicter des prescriptions techniques ou administratives (art. 20, al. 3 et art. 28, al. 3, LApEl).

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali

digitali Message relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 2005 Année Anno Band 1 Volume Volume Heft 08 Cahier Numero Geschäftsnummer 04.083 Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 01.03.2005 Date Data Seite 1493-1566 Page Pagina Ref. No 10 138 422 Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen. Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses. I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.

## **E. 10**

jours ouvrables suivant la réception de la demande d'accès. La mise en danger de l'exploitation sûre du réseau selon la let. a est considérée comme un motif de refus. Les gestionnaires étant tenus, selon l'art. 8, al. 1, let. a de la LApEl, d'assurer le fonctionnement sûr et fiable du réseau, la mise en péril de ce fonctionnement peut non seulement donner le droit mais aussi imposer l'obligation de refuser l'accès au réseau. Le deuxième motif de refus possible est le défaut de capacités disponibles selon la let. b. Tous les exploitants de réseau doivent garantir des réseaux sûrs, performants et efficaces. La rétribution selon l'art. 14 ne doit pas dépasser les coûts imputables, les redevances et les prestations fournies à des collectivités publiques. L'entretien et le développement des réseaux. Toutefois, il est parfois nécessaire d'interrompre les capacités pour une certaine durée dans les réseaux de transport et de distribution, pour les travaux d'entretien par exemple. De tels travaux peuvent conduire à court terme à une réduction des capacités disponibles. La let. b autorise le gestionnaire du réseau de transport à refuser l'accès aux utilisateurs dans de tels cas. Le troisième motif de refus est le défaut de réciprocité selon la let. c. Cela signifie que, lorsque le présent article sera entré en vigueur, les obligations de la Suisse résultant d'accords internationaux ne peuvent pas aller au-delà de celles qu'elle assumait jusqu'alors. Les accords internationaux dont les obligations doivent être observées lors du commerce d'électricité transfrontalier sont principalement le GATT de 1994 (RS 0.632.20), l'Accord du 22 juillet 1972 entre la Confédération suisse et la CEE (accord sur le libre échange, RS 0.632.401) ainsi que le Traité du 17 décembre 1994 sur la Charte de l'énergie (RS 0.730.0).

1536 A l'al. 4 sont mentionnés, par ordre de priorité, les cas de fourniture prioritaires lorsqu'il y a pénurie. Selon la let. a, les fournitures aux ménages (art. 6, al. 1) et selon la let. b, les fournitures aux ménages ayant opté pour l'approvisionnement garanti (art. 7, al. 1) sont considérées comme étant au premier rang des priorités. Ces traitements privilégiés sont nécessaires parce que le gestionnaire de réseau concerné a une obligation de fourniture. La let. a sera abrogée cinq ans après l'entrée en vigueur de la présente loi par voie d'arrêté fédéral, parallèlement à l'entrée en vigueur de la let. 5 (cf. art. 30). Aux termes de la let. c, compte tenu de la volonté de la Confédération d'accroître la part de l'électricité provenant des énergies renouvelables (cf. modification de la loi sur l'énergie en annexe à la LApEl), les fournitures d'électricité provenant d'énergies renouvelables dans le cas de congestions du réseau sont également prioritaires. Art. 14 Rétribution de l'utilisation du réseau Le tarif payé pour l'utilisation du réseau par des tiers est appelé «rétribution de l'utilisation du réseau». Contrairement à la notion de «rétribution de l'acheminement» utilisée dans la LME, le terme «rétribution de l'utilisation du réseau» indique que le montant est indépendant du point d'injection ou de prélèvement du courant alors que dans le cas de l'acheminement, la distance entre deux points de mesure pourrait servir de base de calcul.

Aux termes de l'al. 1, la «rétribution de l'utilisation du réseau», est calculée comme dans la LME, d'après les coûts d'un réseau géré de manière performante qui sont précisés à l'art. 15 de la LApEl et que les gestionnaires doivent pouvoir justifier au moyen d'une comptabilité appropriée; cette rétribution et inclut par ailleurs les redevances et les prestations fournies à des collectivités publiques. Il s'agit par exemple de redevances de concession pour l'utilisation spéciale de parcelles publiques pour la pose de canalisations. Les redevances hydrauliques et autres prestations liées aux concessions d'utilisation de la force hydraulique n'en font pas partie puisque ce sont des coûts de production et non d'exploitation. Ces taxes dépendent largement des législations cantonales ou communales et sont donc fixes. Elles ne peuvent être vérifiées par l'Elcom (cf. art. 21, al. 2). La rétribution de l'utilisation du réseau doit être calculée de telle sorte qu'elle ne dépasse pas la somme des coûts de réseau imputables, des redevances et des prestations fournies aux collectivités publiques. Le principe du prélèvement du courant est ancré dans l'al. 2. Cela signifie que le prix de l'utilisation du réseau est en principe à la charge des consommateurs finaux. Les coûts imputables individuellement doivent être exclus du calcul (cf. art 14, al. 3, let. d). D'autres principes valables pour la fixation des tarifs d'utilisation du réseau sont mentionnés à l'al. 3. Comme le prévoyait la LME, la let. a précise que les tarifs d'utilisation du réseau doivent présenter des structures simples. De plus, ces tarifs doivent être calculés de manière à ce que les coûts soient si possible répartis entre les consommateurs finaux de manière conforme au principe de causalité. Le principe du «timbre» est ancré à la let. b. Cela signifie que les tarifs d'utilisation du réseau doivent être fixés indépendamment de la distance entre les points d'injection et de prélèvement. Le principe de l'égalité de traitement est inscrit dans la let. c. Selon ce principe, les tarifs doivent être uniformes par niveau de tension et catégorie de clients pour le réseau d'un gestionnaire de réseau. La let. d précise que les coûts déjà

1537 facturés aux utilisateurs ne peuvent plus entrer dans le calcul de la rétribution d'utilisation du réseau. Font notamment partie de ces coûts imputés individuellement: les coûts de raccordement au réseau, les renforcements du réseau par les propriétaires d'immeubles ou les producteurs indépendants et certains services systèmes fournis par les gestionnaires de réseau aux producteurs indépendants (cf. ordonnance sur l'énergie, OEn, RS 730.01, art. 4, al. 2). Les coûts facturés individuellement ne peuvent plus entrer dans le calcul du prix de l'utilisation du réseau. La let. e précise le principe d'une utilisation de l'énergie aussi économe que possible qui est déjà ancré dans la loi sur l'énergie (LEn, RS 730.0); elle indique en effet que les tarifs doivent tenir compte d'une utilisation rationnelle et économe de l'électricité. Une utilisation économe de l'énergie ne doit pas être sanctionnée par des tarifs de base et des prix de production démesurés. Par structure tarifaire, il faut comprendre la pondération d'éléments fixes (prix de base pour les compteurs, les mesures, le relevé des compteurs, etc. et composants liés à la prestation) et d'éléments variables (éléments constitutifs du prix et dépendant de la consommation). Cette liberté d'action est notamment justifiée par les différences apparaissant en matière de consommation au niveau des consommateurs finaux. Ainsi, il faut pouvoir fixer les tarifs selon d'autres critères selon que la consommation d'énergie est moindre (maisons de vacances, «mini-consommateurs»), comme c'est le cas dans les régions de sports d'hiver, ou qu'elle est plus conséquente, comme c'est le cas pour les logements occupés tout l'année, ceci afin d'éviter des distorsions. Par le biais de la structure tarifaire, il faudrait toutefois autant que possible encourager une consommation économe de l'énergie, notamment au niveau des ménages sans enregistrement de la puissance, en pondérant

davantage les éléments de consommation. Il faut en particulier éviter que le tarif baisse proportionnellement à l'augmentation de la consommation. Des tarifs unitaires ou binaires, variables dans le temps et fondés sur un prix de base, ainsi que des prix de l'énergie différenciés selon les périodes de charge constituent des modèles tarifaires appropriés. L'al. 4 précise les attributions des cantons quant aux mesures à prendre pour réduire les différences excessives entre les tarifs. Si des différences importantes entre les tarifs d'utilisation régionaux continuent toutefois de persister, le Conseil fédéral peut (subsidièrement aux cantons) ordonner des mesures appropriées (institution d'un fonds de compensation). Art. 15 Coûts imputables Sont imputables selon l'al. 1 les coûts d'exploitation et de capital d'un réseau sûr, performant et efficace. En font partie les coûts visés aux al. 2 et 3. La deuxième phrase de l'al. 1 précise que les coûts imputables autorisent un bénéfice équitable. Etant donné le principe de la couverture des coûts, il faut concevoir ici l'équité dans l'optique de la sûreté d'exploitation du réseau. Selon l'art. 14, al. 1, les rétributions de l'utilisation du réseau ne doivent pas dépasser la somme des coûts imputables du réseau, des redevances et des prestations fournies aux collectivités publiques. S'il apparaît à la fin d'une période que la somme de ces rétributions est supérieure à la somme des coûts imputables, des redevances et des prestations fournies aux collectivités publiques, la différence est à prendre en compte sous forme de réduction de prix au cours de la période suivante. L'al. 2, limite les coûts d'exploitation imputables aux prestations qui sont en relation directe avec l'exploitation du réseau, telles que les services systèmes, les mesures,

1538 les décomptes et l'entretien (p. x. services de piquet, stockage, travaux de maintenance). L'al. 3 dispose que les coûts de capital doivent être définis sur la base des coûts initiaux d'achat et de construction des installations existantes. De plus, les coûts de capital imputables sont limités, d'une part, par les amortissements calculés et, d'autre part, par les intérêts calculés. La valeur d'achat doit servir de base à l'évaluation des amortissements selon la let. a. Les valeurs patrimoniales nécessaires à l'exploitation des réseaux selon let. b seront déterminantes pour les intérêts annuels. Le capital immobilisé se mesurera en fonction de la valeur d'achat initiale. Les valeurs patrimoniales admises seront soumises à intérêt après déduction du capital ne produisant pas d'intérêt. Selon l'al. 4, let. a, le Conseil fédéral fixe les modalités pour calculer les coûts d'exploitation et de capital imputables. La méthode d'établissement et de délimitation des coûts d'exploitation et de capital à prendre en compte qui est retenue dans la LApEl se fonde sur les mêmes principes que celle qui a été adaptée dans la LME. Les amortissements calculés seront déterminés manière linéaire chaque année sur la base de la durée de vie usuelle de leur objet. Pour assurer la possibilité de comparaison et la transparence, on avait fixé la durée de vie de chaque élément d'installation avec une marge admissible de cinq ans lors de la préparation de l'ordonnance sur le marché de l'électricité (OME). L'amortissement en déla de la valeur zéro n'est pas admis. Une fois écoulée la période d'amortissement fixée initialement, la valeur résiduelle est nulle. Il convient de distinguer les amortissements calculés des amortissements de comptabilité générale déterminés dans une optique fiscale et financière (d'où le terme «calculés»). Il faut donc corriger dans la comptabilité analytique et dans la comptabilité d'exploitation les amortissements spéciaux auxquels on procède et qui donnent lieu à la constitution de réserves latentes. Cela signifie qu'il peut y avoir des différences entre la valeur inscrite dans les documents comptables et la valeur d'une installation déterminée à partir de la comptabilité analytique. Quant aux intérêts des capitaux propres et des capitaux empruntés, il convient de partir, comme dans la LME, d'une structure

normalisée du capital (30 % de capital propre, 70 % de fonds étrangers). Vu les faibles risques de l'exploitation des réseaux en monopole, cette structure est axée sur un financement le moins onéreux possible. Pour déterminer les taux d'intérêts des capitaux propres capitaux empruntés, on se base dans les deux cas sur le rendement moyen des obligations fédérales à long terme (10 ans), considéré comme un taux de base au risque nul. Le paiement d'intérêts sur le capital propre vise à assurer une indemnisation appropriée par rapport au risque. Pour compenser les fluctuations annuelles, il est bon de considérer une moyenne établie sur quelques années. (p. ex. 5 ans). Le taux d'intérêt des capitaux étrangers doit également être assorti d'un supplément pour couvrir les coûts du risque de crédit. Les coûts de capitaux imputables dans ce cas doivent correspondre à une gestion efficace des crédits. En déterminant dans les entreprises d'électricité intégrées la prime de risque pour les intérêts du capital propre ainsi que les coûts des capitaux étrangers, on se rappellera que la première ne se rapporte qu'aux risques des réseaux de distribution et de

1539 transport. Ces risques sont nettement moins élevés que ceux du commerce et de la production d'électricité. Vu la longue durée de vie des installations de transport et de distribution nécessaires à l'approvisionnement en électricité, il est important, dans le cas des acquisitions de remplacement indispensables, que l'entreprise d'approvisionnement en électricité puisse financer par des capitaux propres l'augmentation des prix des installations tout en maintenant la structure du capital (pas d'augmentation de la part de capital emprunté). Il est nécessaire de prévoir que les entreprises d'approvisionnement en électricité auront à constituer un compte accessoire vérifiable se rapportant à l'actif immobilisé basé sur la comptabilité analytique si l'on veut que les fonds résultant des amortissements et des intérêts soient véritablement disponibles un jour pour financer des installations de remplacement éventuellement plus chères. Il conviendra d'y intégrer, conformément à l'art. 669 CO, les amortissements supplémentaires les corrections de valeur et les provisions pour risques et charges effectués dans le passé en vue de réacquisitions, ainsi que les réserves pour réacquisitions déjà constituées. Selon l'al. 4, let. b, le Conseil fédéral doit fixer les modalités permettant d'imputer les coûts, les redevances et les prestations aux collectivités publiques de manière uniforme et conformément au principe de causalité aux différents niveaux de tension dans la mesure où ils ne peuvent être imputés directement aux utilisateurs du réseau (cf. art. 14, al. 3, let. d, coûts facturés individuellement). Cela suppose que tous les gestionnaires utilisent la même clé de répartition pour chacun des niveaux de tension, mais également pour les niveaux de tension et de transformation intermédiaires. Quant à la répartition des coûts, il faut veiller à l'égalité de traitement entre les clients finaux connectés horizontalement et le prélèvement à des niveaux de tension inférieurs. On peut néanmoins observer que la grande majorité des mécanismes de report des coûts européens privilégient la répartition des coûts selon la puissance requise. Cela s'explique par le fait que les coûts du réseau sont majoritairement des coûts fixes. L'aménagement du réseau et les investissements que cela implique dépendent en fin de compte de la puissance maximale prévue. Une imputation en fonction de la puissance requise pour 70 % des coûts telle qu'elle était prévue par la LME semble donc justifiée. Les coûts doivent être répartis en fonction de la puissance annuelle maximale prélevée au niveau de tension immédiatement supérieur (mesurée au même moment s'il existe plusieurs points de mesure). Si l'on souhaite tenir davantage compte du respect du principe de causalité, on pourra prendre comme référence les puissances maximales trimestrielle et mensuelle plutôt qu'annuelle. Conformément à l'al. 4, let. b, 2e phrase, il convient pour l'imputation des coûts de tenir compte de l'injection d'électricité à des

niveaux de tension inférieurs. Ce principe doit être respecté dans la mesure où la valeur déterminante, demandée implicitement, est la valeur nette, c'est-à-dire que seule est prise en considération la quantité d'énergie fournie d'un niveau de tension à l'autre. Ainsi, le volume à reporter est réduit, par rapport à la quantité brute, dans la mesure où les injections au niveau inférieur entraînent la diminution des fournitures nettes du niveau le plus élevé. Ce modèle favorise les cantons de montagne qui présentent en partie une grande autonomie en matière d'approvisionnement.

1540 Comme le prévoyait la LME, les 30 % restants des coûts non imputables directement aux utilisateurs du réseau seront à reporter au prorata de la consommation annuelle totale d'électricité des consommateurs finaux raccordés directement au niveau de tension concerné ou indirectement, à des niveaux de tension. Art. 16 Coûts d'utilisation du réseau pour les fournitures transfrontalières L'al. 1 fixe les principes du calcul de la rémunération. La rémunération doit se baser sur les coûts occasionnés par l'utilisation physique, c'est-à-dire effective, du réseau de transport. Les flux supplémentaires résultant des échanges transfrontaliers doivent donc être mesurés par le gestionnaire du réseau de transport. Les coûts doivent être calculés séparément et ne doivent pas être imputés aux consommateurs finaux du pays. Comme il s'agit en l'occurrence de coûts occasionnés par les échanges transfrontaliers, la méthode de détermination des coûts doit impérativement tenir compte des réglementations internationales et européennes. L'art. 3, al. 6 du règlement 1228/2003 de l'UE est notamment déterminant en la matière. Il en ressort que contrairement à ce qui vaut pour les réseaux de distribution, le calcul des coûts ne peut pas reposer sur le principe de coûts moyens indépendant de l'utilisation de certains équipements du réseau. L'al. 2 prévoit que les coûts en capitaux seront calculés sur la base des surcoûts moyens à long terme (LRAIC, long run average incremental costs) des capacités de réseau requises. Les coûts résultant d'une transaction transfrontalière supplémentaire constitueront donc la base du calcul de la rémunération. En relation avec une approche fondée sur chaque transaction transfrontalière, le règlement susmentionné de l'UE recommande, en partant de l'idée qu'il y aura une compétition intensive pour les capacités de réseau transfrontalières et en se fondant sur le règlement 1228/2003 de l'UE, de s'appuyer sur des coûts actualisés, axés sur la valeur du marché (current cost accounting). Cela se répercutera notamment sur l'évaluation du capital immobilisé dans le cadre de la détermination des coûts du capital (valeur à neuf de remplacement). Selon l'al. 3, le Conseil fédéral peut fixer la durée d'amortissement ainsi que le taux d'intérêt approprié, c'est-à-dire adapté au marché, et désigner les valeurs patrimoniales nécessaires à l'exploitation. On partira en principe d'amortissements linéaires, avec des durées d'utilisation spécifiques aux composantes de l'installation. La prime de risque, pour les intérêts du capital propre sera déterminée en principe selon le modèle CAP (Capital Asset Pricing Modell) développé au sein de la théorie du marché du capital. En dépit de maintes faiblesses, cette formule théorique permet le mieux d'assurer la transparence et la clarté du calcul des primes, pour autant qu'il s'agisse de risques spécifiques de la branche. Le taux d'intérêt des capitaux étrangers doit également être assorti d'un supplément pour couvrir les coûts du risque de crédit. En déterminant la prime de risque pour les intérêts du capital propre ainsi que les coûts des capitaux étrangers, on se rappellera que la première ne se rapporte qu'aux risques des réseaux de transport. Ces risques sont nettement moins élevés que ceux du commerce et de la production d'électricité. Si l'on veut que les fonds résultant des amortissements et des intérêts soient véritablement disponibles un jour pour financer des installations de remplacement éventuellement plus chères (cf. art. 17, al. 5, let. b), il est nécessaire

d'établir un compte

1541 accessoire vérifiable se rapportant au capital immobilisé selon la comptabilité analytique. Il convient d'y intégrer les amortissements supplémentaires les corrections de valeur et les provisions pour risques et charges effectués dans le passé en vue de réacquisitions, ainsi que les réserves pour réacquisitions déjà constituées. Art. 17 Accès au réseau en cas de congestion au niveau du réseau de transport transfrontalier Selon l'al. 1, les capacités disponibles doivent être attribuées selon des procédures axées sur les règles du marché (mise aux enchères ou opération ayant des effets comparables) s'inspirant du règlement 1228/2003. L'al. 2 limite les procédures d'attribution de capacités axées sur les règles du marché dans deux domaines: d'une part en cas de la prééminence des importations en vue d'approvisionner les consommateurs finaux du pays, et d'autre part, en cas la prééminence des livraisons reposant sur des contrats d'achat et de fourniture conclus avant le 31 octobre 2002. Les importations en vue d'approvisionner les consommateurs finaux du pays priment en outre sur celui des livraisons internationales. La date 31 octobre 2002 a été retenue car l'application de procédures d'attribution axées sur les règles du marché du réseau de transport dans le cadre de la gestion des congestions a été décidée lors du Forum européen de régulation de l'électricité (forum de Florence) en novembre 2002. On peut donc admettre que les contrats internationaux de fourniture et d'achat à long terme adoptés après cette date l'ont été en connaissance du système de gestion des congestions, selon une procédure d'attribution axée sur les règles du marché qui allait être mis en place par la suite, et qu'une prééminence fondée sur la sécurité du droit ne se justifie donc plus après cette date. Selon l'al. 3, l'utilisation d'une capacité attribuée ne peut être restreinte ultérieurement et sur une courte période que si la sécurité du réseau de transport est compromise et qu'aucune autre intervention n'est envisageable. Si la sécurité du réseau est compromise, le gestionnaire du réseau de transport peut restreindre l'utilisation d'une capacité attribuée selon une procédure transparente et publiée à l'avance. Par «autre mesure» à prendre, il faut comprendre en premier lieu la mise en œuvre des programmes de livraison convenus ainsi que les manœuvres de connexion destinées à optimiser les flux. L'al. 4 a pour but d'empêcher l'accumulation de capacités de transport inutilisées à des fins d'avantage ou d'entrave à la concurrence. Une capacité inutilisée doit donc être restituée au marché, conformément au principe «use-it-or-loose-it». L'al. 5 définit comment employer les recettes provenant de procédures d'attribution axées sur les règles du marché du réseau de transport. Cette disposition doit permettre d'éviter que les recettes d'entreprises verticalement intégrées et de leurs propriétaires ne soient utilisées comme subventions croisées dans d'autres domaines d'activités, notamment dans la production de courant et le commerce. Selon la let. a, elles doivent servir à couvrir les coûts des échanges transfrontaliers d'électricité ne pouvant pas être directement imputés à un client spécifique, ainsi que les coûts de maintien en disponibilité de la capacité attribuée. La let. b prévoit que les recettes susmentionnées doivent servir avant tout à maintenir et à améliorer les capacités de transport transfrontalières. La let. c permet quant à elle d'utiliser ces recettes pour

1542 indemniser les coûts imputables du réseau de transport, ce qui peut faire diminuer la part des coûts reportés aux niveaux de tension inférieurs. Selon l'al. 6, le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions en matière d'accès au réseau (art. 13 LApEl) et de calcul des coûts du réseau imputables (art. 15 LApEl) afin d'augmenter les capacités de transport transfrontalières. Cette disposition permet d'encourager les investissements dans de nouvelles capacités du réseau, qu'il s'agisse de nouvelles installations ou de l'extension des

capacités d'installations existantes. On part du principe que ces investissements comportent un risque économique notable. Cette approche s'inspire de l'art. 7 du règlement UE 1228/2003 concernant les interconnexions transfrontalières (ou «merchant lines»), sans pour autant se limiter exclusivement aux règles qu'il fixe. Des discussions ayant cours actuellement dans l'UE concernant des incitations au développement de lignes de transport transfrontalières, une formulation large a été adoptée à l'al. 6. Les investissements pourront ainsi être stimulés non seulement par des restrictions d'accès au réseau, mais aussi par le biais par exemple de périodes d'amortissement plus courtes ou de primes de risques plus élevées. Etant donné que les investissements décrits servent à promouvoir les capacités de transport transfrontalières, les coûts ne pourront pas être imputés aux consommateurs captifs indigènes.

2.2.3.3 Section 3 Réseau de transport suisse Art. 18 Gestionnaire suisse du réseau de transport L'art. 18 se base sur la conviction que la structure actuelle du réseau suisse de transport, avec plusieurs grandes entreprises régionales juridiquement indépendantes en tant que gestionnaires de différentes zones de régulation en Suisse, ne satisfait plus aux exigences d'un commerce de l'électricité fortement accru en Europe et ne peut plus garantir la sécurité de l'approvisionnement en Suisse. L'al. 1 contraint les gestionnaires actuels de réseaux de transport à regrouper la gestion du réseau de transport pour toute la Suisse en une personne morale de droit privé indépendante. Ce regroupement augmente aussi la transparence dans l'utilisation du réseau de transport du fait qu'il n'y a désormais plus qu'un seul interlocuteur. La nécessité de créer un gestionnaire suisse du réseau de transport est aujourd'hui admise par tous. Preuve en est le fait que les gestionnaires de réseaux de transport ont librement décidé au printemps 2004 de fusionner la gestion des réseaux de transport dans la Swissgrid en 2005. La loi sur l'approvisionnement en électricité n'exige pas que le gestionnaire suisse du réseau de transport devienne propriétaire des réseaux à haute tension. Il suffit de créer une société d'exploitation indépendante sur le plan juridique. La loi n'interdit toutefois pas la possibilité de transférer la propriété de ces réseaux au gestionnaire du réseau de transport. Compte tenu de l'importance primordiale du réseau de transport pour assurer l'approvisionnement en Suisse, l'al. 2 prévoit que le gestionnaire du réseau de transport aura son siège en Suisse et que le capital sera majoritairement en mains suisses. Le Parlement a déjà formulé ces exigences minimales dans le cadre des délibérations sur la LME en rapport avec la Société suisse pour l'exploitation du réseau. Ces exigences garantissent que le réseau suisse de transport sera exploité par une société qui sera indépendante sur les plans juridique et économique et qui opérera en Suisse.

1543 Les al. 3 et 4 explicite concrètement le principe de la séparation des activités pour les gestionnaires de réseaux de transport. L'al. 3 admet toutefois la fourniture d'énergie de réglage ainsi que l'acquisition et la livraison d'électricité pour des raisons d'exploitation notamment afin d'assurer une exploitation sûre du réseau. Selon l'al. 5, les cantons, étant donné l'importance nationale du gestionnaire suisse du réseau de transport, doivent pouvoir compter deux représentants au sein de son conseil d'administration (deux pour tous les cantons réunis). Ce droit doit être ancré dans les statuts. L'al. 6 dispose que les statuts du gestionnaire suisse du réseau de transport et leurs modifications sont soumis à l'approbation de l'Elcom. L'obligation d'obtenir cette approbation vise en particulier à sauvegarder les intérêts nationaux en matière d'approvisionnement, la garantie de l'indépendance et de l'exploitation non discriminatoire du réseau. Art. 19 Tâches du gestionnaire du réseau de transport L'art. 19 énumère toutes les tâches centrales que les actuels gestionnaires de réseaux doivent impérativement transférer au gestionnaire suisse du réseau de transport. Les

tâches du gestionnaire du réseau de transport résultent de sa fonction, qui consiste à gérer et assurer l'utilisation du réseau de transport de toute la Suisse comme une seule zone de réglage. L'Elcom tranche en cas de conflit lié à l'exécution des tâches imparties au le gestionnaire du réseau de transport. L'al. 1, let. a, confère la responsabilité de l'exploitation de la zone de réglage (par ex. la planification) et de la surveillance de l'ensemble du réseau au gestionnaire du réseau de transport, qui gère le réseau de transport pour toute la Suisse comme une seule zone de réglage. La let. b précise la fonctionnalité de la zone de réglage, notamment en ce qui concerne le planning, l'ajustement et la mise à disposition des services systèmes. Le gestionnaire du réseau de transport est à ce titre tenu d'assurer l'acquisition de l'énergie de réglage selon des procédures transparentes et non discriminatoires. Il met les réserves de capacité à préserver en soumission et surveille l'exécution des contrats conclus. Les qualifications requises des pourvoyeurs d'énergie de réglage feront l'objet de la publication d'exigences minimales. L'Elcom surveille le marché de l'énergie de réglage. Selon la let. c, le gestionnaire du réseau de transport est tenu par la loi, en cas de menace pour l'exploitation stable du réseau, de prendre les mesures nécessaires. Il dispose ainsi explicitement du droit d'émettre des directives à l'encontre des utilisateurs du réseau. La procédure à suivre en cas de congestions du réseau doit être réglée avec les parties concernées selon le droit privé et être appliquée de manière transparente, proportionnée et non discriminatoire. Cela s'applique aussi à la procédure de résolution des congestions du réseau selon la let. d. Le gestionnaire du réseau de transport est tenu, conformément à la let. e, de collaborer avec des gestionnaires de réseaux de transport étrangers et de représenter les intérêts de la Suisse dans les organisations correspondantes. Cela vaut notamment pour la définition des procédures destinées à remédier aux congestions et pour la définition des exigences techniques et d'exploitation minimales posées aux gestionnaires du réseau.

1544 En vertu de l'al. 2, le Conseil fédéral a la compétence de conférer d'autres tâches au gestionnaire du réseau de transport. L'al. 3 veille à ce que les rapports entre les propriétaires de réseaux et le gestionnaire du réseau de transport soient clairement établis et les responsabilités définies. L'al. 4 prévoit que le Conseil fédéral peut accorder le droit d'expropriation au gestionnaire du réseau de transport. Il garantit que le gestionnaire du réseau de transport pourra assumer sa responsabilité de pourvoir à l'exploitation sûre et performante du réseau même lorsque les propriétaires des réseaux et les producteurs ne remplissent pas ou pas suffisamment leurs obligations. De par la séparation des activités imposées par selon l'art. 10, al. 4, LApEl, la responsabilité principale de l'exploitation du réseau de transport est transférée des propriétaires du réseau de transport au gestionnaire suisse du réseau de transport. Etant donné que pour des raisons de protection de la propriété, on renonce à obliger les propriétaires actuels des réseaux de transport à céder leur droit de propriété au gestionnaire du réseau de transport, la propriété et l'exploitation du réseau pourront être séparées. Il est donc important, du point de vue de la sécurité de l'approvisionnement, de définir clairement les responsabilités. Aussi l'al. 5 prévoit-il que les propriétaires du réseau de transport assureront la performance, l'entretien et le développement du réseau de transport ainsi que l'interopérabilité (par ex. échange d'informations et mise à disposition des valeurs de mesure).

#### 2.2.4 Chapitre 4 Commission de l'électricité Art. 20 Organisation

Le chapitre 4 définit le rôle et les tâches de la future Commission de l'électricité (Elcom). L'Elcom est un régulateur spécifique au secteur de l'économie électrique. Deux tâches essentielles lui incombent la régulation et la surveillance du marché suisse de l'électricité. La compétence d'assurer la régulation, notamment en ce qui concerne l'accès au réseau et les conditions d'utilisation du réseau, est

nécessaire, car, malgré l'ouverture partielle du marché de l'électricité, il n'y a pratiquement pas de concurrence possible. La situation de monopole subsiste dans le domaine du réseau. Les forces du marché faisant défaut, il faut, pour assurer l'approvisionnement, et pour empêcher les abus de cette situation monopolistique, substituer à ces forces une surveillance qui viendra compléter la régulation. L'organisation de l'Elcom est régie par l'art. 20. Cette disposition s'inspire fortement de l'organisation de la Commission de la communication (ComCom). L'Elcom est une autorité indépendante qui revêt une fonction judiciaire. Ses membres doivent être des experts indépendants (al. 1). Le Conseil fédéral exige une composition paritaire de la commission. Elle comprendra non seulement des experts dans des secteurs de la production, du transport et de la distribution de l'électricité, mais également des personnes ayant l'expérience des questions touchant aux consommateurs. L'indépendance des experts sera une garantie pour que les critères professionnels et objectifs soient au premier plan dans les activités des membres de la commission. Selon l'al. 2, l'Elcom est une autorité totalement indépendante. Dans ses décisions, elle n'est soumise à aucune directive du Conseil fédéral ou du département et est

1545 également indépendante des autorités administratives. L'Elcom dispose de son propre secrétariat. La taille de ce dernier dépendra de la mesure dans laquelle l'Elcom, conformément à l'al. 3, associera l'Office fédéral de l'énergie aux décisions et ordonnances nécessaires à l'exécution de la présente loi. Si l'Elcom renonce à créer un secrétariat plus grand comprenant des collaborateurs scientifiques, elle aura la possibilité – en invoquant le droit d'émettre des directives – d'exiger de la part de l'Office fédéral de l'énergie les analyses, les expertises et les bases de décision nécessaires. Le Conseil fédéral exerce une surveillance administrative sur la gestion des affaires de la commission. Dans le cadre de cette tâche, il approuve le règlement interne de la commission (al. 4). Selon l'al. 5, les coûts de l'Elcom sont couverts par des émoluments. Pour couvrir les coûts de surveillance qui ne sont pas financés par les émoluments, le Conseil fédéral peut, conformément à l'art. 26, prévoir le versement par le gestionnaire du réseau de transport d'une taxe annuelle de surveillance. Art. 21 Tâches L'al. 1 attribue à l'Elcom la compétence de veiller au respect des dispositions de la LAPel et de prendre les décisions nécessaires à l'exécution de la loi. L'Elcom est compétente dès lors que la compétence en matière de décisions n'est pas expressément réservée à une autre autorité. L'énumération non exhaustive de ses compétences à l'al. 2 donne une vue d'ensemble des principales attributions de l'Elcom. La let. a règle les compétences en cas de litige. L'accès au réseau est notamment réglé aux art. 5, al. 5, 13 et 17. L'Elcom peut accorder l'accès au réseau à titre préventif. Cela permet d'éviter que l'accès au réseau ne soit reporté pour une durée indéterminée en raison de procédures trop longues ou de l'épuisement des voies de recours. La let. b réglemente les tâches de contrôle que l'Elcom doit exécuter d'office. Elle peut également intervenir de son propre chef même en l'absence d'un cas concret de litige. Ses interventions d'office peuvent avoir lieu ex post (exiger une réduction des tarifs) ou ex ante (s'opposer à une augmentation). Selon la let. c, l'Elcom statue également sur l'utilisation des recettes provenant de procédures d'attribution axées sur les règles du marché. L'Elcom dispose ainsi d'un instrument de gestion devant permettre de garantir que les recettes seront utilisées de manière adéquate et en fonction des besoins dans le cadre des possibilités d'affectation définies à l'art. 17, al. 5. La délimitation en matière de surveillance des prix mérite également une explication. L'Elcom est compétente pour vérifier les tarifs et les rétributions d'utilisation du réseau (réseau) ainsi que les tarifs de l'électricité (réseau et énergie) pour les ménages durant la première étape de l'ouverture et

les clients MAG, c'est-à-dire les clients qui renonceront à l'accès au réseau durant la seconde étape. Avant de prendre une décision, l'Elcom consulte le surveillant des prix conformément à l'art. 15 de la loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSPr, RS 942.20). L'Elcom n'a pas la compétence de surveiller ni de contrôler les prix de l'électricité soumis à la concurrence (énergie). Ces compétences continueront d'être du ressort du surveillant des prix ou de la commission de la concurrence.

1546 Selon l'al. 3, l'Elcom surveille et observe l'évolution des marchés de l'électricité en vue d'assurer un approvisionnement sûr et abordable dans toutes les régions du pays. Outre ses compétences en matière de surveillance de l'accès non discriminatoire au réseau et des conditions d'utilisation du réseau, l'Elcom assume également des tâches importantes dans le domaine de la sécurité de l'approvisionnement. Conformément à l'art. 8, al. 2, LApEl, les gestionnaires du réseau (y compris le gestionnaire suisse du réseau de transport) établissent des rapports pluriannuels destinés à assurer un réseau sûr, performant et efficace. Les gestionnaires de réseau doivent informer chaque année l'Elcom de l'exploitation et de la charge des réseaux ainsi que des événements extraordinaires. Ainsi, l'Elcom dispose de toutes les informations nécessaires lui permettant d'évaluer l'évolution de l'approvisionnement en électricité à moyen et long terme en Suisse. Si, sur la base des informations recueillies par l'Elcom, la sécurité de l'approvisionnement du pays est sérieusement compromise, l'Elcom soumet au Conseil fédéral, conformément à l'al. 4, des propositions concernant les mesures à prendre en vertu de l'art. 9 LApEl. Ces mesures ne seront prises que si les entreprises du secteur de l'électricité ne parviennent plus à assurer à moyen et à long terme la sécurité de l'approvisionnement du pays en électricité. Selon l'al. 5, l'Elcom coordonne son activité avec celles des autorités de régulation étrangères et représente la Suisse dans les organismes de régulation internationaux correspondants. L'al. 6 dispose qu'elle informe le public sur son activité et présente un rapport d'activité annuel au Conseil fédéral.

2.2.5 Chapitre 5 Conventions internationales Art. 22 Cette disposition entend prendre en compte l'importance toujours croissante du secteur de l'électricité au plan international. Une disposition analogue figure également à l'art. 64 de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC, RS 784.10). Le Conseil fédéral est habilité à passer des conventions internationales tombant sous le coup de la LApEl pour les affaires transfrontalières. Le Parlement est dès lors déchargé de l'approbation de chaque nouvelle convention. En vertu de l'art. 48a de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010), le Conseil fédéral peut déléguer au département ou à l'OFEN la compétence de conclure des conventions internationales au contenu technique ou administratif. Cela correspond à la pratique actuelle en matière de conclusion de conventions internationales.

1547 2.2.6 Chapitre 6 Obligation de renseigner, secrets de fonction et d'affaires, taxes de surveillance La protection juridique est régie par la loi du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021). Comme cela va de soi et afin de simplifier la loi, on a renoncé à une réglementation explicite. Art. 23 Obligation de renseigner et entraide administrative En vertu de l'al. 1, les entreprises du secteur de l'électricité sont tenues de fournir aux autorités compétentes les informations et données nécessaires et de mettre à leur disposition les documents requis pour l'exécution de la loi ou pour sa préparation. L'Elcom et l'OFEN, en particulier, ont besoin de ces renseignements pour être en mesure d'assumer les tâches que leur assigne la loi. Les autorités compétentes ont également le droit de pénétrer, pendant les heures normales de travail, dans les locaux et installations de ces

entreprises et de les inspecter. Elles sont toutefois tenues d'user avec réserve de leur droit d'accès tant que les informations demandées leur sont données en bonne et due forme et qu'elles paraissent crédibles. Ces mêmes autorités doivent garder pour elles les informations concernant des secrets d'affaires ou des secrets de fonction. Ainsi l'art. 24 LApEl complète la présente disposition. L'al. 2 étend l'obligation formulée précédemment. Il prévoit que le devoir de coopérer aux investigations de l'Elcom et de l'OFEN, dans le cadre des limites fixées par la loi (p. ex. art. 25 de la loi sur les cartels), n'incombe pas seulement aux particuliers mais aussi aux autorités fédérales et cantonales. L'Elcom, par exemple, peut avoir besoin de l'appui des cantons pour s'assurer de la sécurité de l'approvisionnement dans toutes les parties du pays. Art. 24 Secret de fonction et secret d'affaires Toute personne chargée de l'exécution de la LApEl ou de travaux préparatoires à cet effet est soumise au secret de fonction en vertu de l'al. 1. Cette disposition concerne donc non seulement les membres des administrations fédérale et cantonales, de la Commission de l'électricité et du gestionnaire suisse du réseau de transport, mais aussi d'éventuels experts ou membres de commissions techniques et toute autre personnes assumant des tâches d'exécution (cf. art. 28, al. 4, LApEl). La violation du secret de fonction est sanctionnée conformément à l'art. 320 du code pénal (CP, RS 311.0). Selon l'al. 2, il est interdit aux personnes mentionnées à l'al. 1 de divulguer des informations ou des données confidentielles propres à l'entreprise. La violation de cette disposition est punissable selon l'art. 162 CP. Art. 25 Protection des données Cette disposition sert de base légale au traitement et à la conservation sous forme électronique de données concernant des poursuites et sanctions administratives ou pénales par l'OFEN et par l'Elcom (cf. art. 27 LApEl). Il s'agit là de données per-

1548 sonnelles sensibles au sens de l'art. 3, let. c, ch. 4, de la loi fédérale du 11 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1). Selon l'art. 17, al. 2, LPD, le traitement de ces données doit figurer expressément dans une loi au sens formel. Art. 26 Taxe de surveillance Cette disposition autorise le gestionnaire suisse de réseau à prélever une taxe de surveillance. Le principe d'équivalence ne s'applique pas en l'occurrence. En effet, les activités financées par cette taxe ne peuvent être imputées individuellement. En conséquence, sujet, objet et base de calcul doivent être fixés formellement dans la loi même. Les al. 2 et 3 y pourvoient en autorisant le Conseil fédéral à réclamer au gestionnaire suisse du réseau de transport une taxe annuelle forfaitaire pour la surveillance afin de compenser les coûts non couverts par les émoluments. Les coûts de surveillance de l'année précédente servent de base de calcul. Le Conseil fédéral prévoit de la calculer sur la base d'une évaluation des coûts de surveillance la première fois qu'il la percera. Quant au gestionnaire de réseau, il peut répercuter la taxe de surveillance sur le consommateur final par le biais de la rétribution d'utilisation du réseau (al. 3). Si le Conseil fédéral peut percevoir auprès du gestionnaire de réseau de transport une taxe de surveillance, l'OFEN et l'Elcom de leur côté sont habilités à exiger des intéressés qu'ils versent des émoluments couvrant les coûts pour les frais liés à la surveillance, aux contrôles, aux prestations spéciales et aux décisions officielles. Ce droit s'appuie sur l'art. 46a de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.010), introduit le 1er janvier 2005 dans le cadre de la loi fédérale sur le programme d'économies 2003. 2.2.7 Chapitre 7 Dispositions pénales Art. 27 Quiconque se rend coupable intentionnellement des actes ou des omissions figurant à l'al. 1 est punissable. Leur énumération est exhaustive. L'auteur d'une infraction est passible d'une amende jusqu'à 100 000 francs. Ce montant correspond aux sanctions fixées dans la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels (LC; RS 251) et

aux dispositions pénales en vigueur dans ce domaine. Cet alinéa devra être réexaminé (vraisemblablement pour 2006) lors de l'entrée en vigueur de la modification du code pénal (CP, RS 311.0), qui prévoit notamment que les sanctions pécuniaires se fixent en fonction de la capacité financière. Selon l'al. 2, l'auteur de ces mêmes actes et omissions est également punissable lorsqu'il agit par négligence; il peut être sanctionné par une amende jusqu'à 20 000 francs. En revanche, la tentative n'est pas expressément déclarée punissable. Selon la procédure applicable, fondée sur l'art. 34 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0), elle ne donne lieu à aucune sanction (art. 2 DPA en relation avec l'art. 104, al. 1, CP). L'instigation et la complicité sont punissables (art. 5 DPA). L'al. 3 déclare l'OFEN compétent pour juger les infractions. Ainsi l'OFEN a le choix et le devoir de poursuivre et de sanctionner les infractions énumérées dans le présent article.

1549 En principe, l'art. 27 vise les personnes physiques ayant commis l'acte. Mais en vertu de l'art. 6 DPA, selon les circonstances, le chef d'entreprise ou l'employeur ayant contrevenu à l'obligation juridique d'empêcher l'acte peut tomber, avec l'employé, sous le coup de la disposition pénale. De plus, lorsque l'amende prononcée ne dépasse pas 5000 francs, la personne morale peut être condamnée à la payer en lieu et place de la personne physique punissable si les conditions de l'art. 7 DPA sont remplies. La condamnation à une amende (sanction pénale) n'exclut pas d'autres mesures, telles que celles prévues par l'art. 59 CP (confiscation de valeurs patrimoniales acquises par un acte délictueux).

### 2.2.8 Chapitre 8 Dispositions finales Art. 28 Exécution

Selon l'al. 1, les cantons sont tenus d'exécuter les articles de la loi concernant les zones de desserte et la garantie de raccordement (art. 5, al. 1 à 4, LApEl) et de prendre les mesures propres à réduire les différences excessives entre les tarifs d'acheminement sur leur territoire (art. 14, al. 4, première phrase, LApEl). Il existe déjà dans plusieurs cantons des prescriptions cantonales et communales relatives à ces domaines qui sont exécutées par les autorités compétentes. Tous les cantons ont institué un service de l'énergie, mais ils restent libres de déléguer l'exécution de ces dispositions à un autre service. L'al. 2 charge le Conseil fédéral d'édicter les dispositions d'exécution nécessaires. En font partie les dispositions d'exécution concrétisant les obligations légales et les dispositions régissant l'organisation de l'exécution, dans la mesure où le Conseil fédéral est compétent. La délégation à l'office du droit de légiférer requiert une base égale explicite dans une loi au sens formel. Cette base légale est fixée à l'al. 3. L'al. 4, qui concrétise le principe de coopération énoncé à l'art. 3 LApEl, habilite le Conseil fédéral à associer des organisations privées à l'exécution de la loi. Il convient alors d'établir un cahier des charges. Même dans ce cas, les autorités fédérales restent responsables de l'exécution; le droit de surveillance ne peut être délégué.

### Art. 29 Modification du droit en vigueur

Les modifications du droit actuel (lois sur l'utilisation des forces hydrauliques, sur l'énergie et sur l'électricité) sont commentées dans l'annexe de la LApEl.

### Art. 30 Référendum et entrée en vigueur

Pour la commission d'experts, il importe que le passage de la première étape (ouverture partielle du marché) à l'ouverture totale, cinq ans plus tard, puisse faire l'objet d'un référendum facultatif. Dès lors, certaines dispositions de la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité n'entreront pas en vigueur immédiatement (art. 7 et 13, al. 4, let. b, LApEl), alors que d'autres dispositions, applicables sans délai, devront être abrogées après cinq ans (art. 6 ainsi qu'art. 13, al. 2 et 4, let. a, LApEl).

1550 L'abrogation ou l'entrée en vigueur de ces dispositions relèvent d'une décision des Chambres, prise dans un arrêté fédéral, conformément à l'art. 141, al. 1, let. c, de la Constitution (Cst.; RS 101). Un tel arrêté ne saurait suffire pour modifier dans sa teneur la loi sur l'approvisionnement en électricité. Les modifications apportées à la loi doivent revêtir la forme d'une loi fédérale (art. 141, al. 1, let. a, Cst.). Ainsi, le Conseil fédéral devra soumettre au Parlement un message avec projet d'arrêté fédéral (art. 141, al. 1, let. c, Cst.) en prévision de la mise en vigueur ou de l'abrogation des dites dispositions.

2.2.9 Annexe concernant la modification du droit actuel

1. Loi du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques<sup>3</sup> Art. 8 L'art. 8 de la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques soumet la dérivation à l'étranger d'eau ou d'énergie produite par la force hydraulique à l'obtention d'une autorisation. Cette autorisation est délivrée par le département (DETEC). Elle ne doit toutefois être accordée que si l'exportation ne porte pas atteinte à l'intérêt public et s'il est probable que l'eau ou l'énergie électrique concernées ne trouveront aucune utilisation convenable en Suisse pendant la période pour laquelle l'autorisation est demandée. L'obligation d'obtenir une autorisation pour la dérivation d'eau à l'étranger n'a plus de sens au regard de la politique d'approvisionnement. Conformément à la loi fédérale du 8 octobre 1982 sur l'approvisionnement économique du pays (LAP, RS 531), il est possible en cas de crise de prendre des mesures à court terme en vue d'assurer l'approvisionnement du pays. L'art. 8 de la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques peut donc être abrogé.

2. Loi du 26 juin 1998 sur l'énergie<sup>4</sup> Art. 7a Objectifs et mesures librement consenties concernant la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables Cette disposition se fonde sur des dispositions de l'Union européenne. Conformément à la directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative à la promotion, sur le marché intérieur de l'électricité, du courant produit par des énergies renouvelables (JO 283 du 27.10.2001, p. 33 ss), la part de ce type de production doit passer de près de 14 % en 1997 à environ 22 % en 2010. Dans ce but, les Etats membres de l'UE ont accepté de se donner des objectifs nationaux. Selon l'annexe de la directive, la part de la consommation d'électricité couverte par du courant issu d'agents renouvelables doit passer, entre 1997 et 2010, de 4,5 % à 12,5 % en Allemagne, de 70 % à 78,1 % en Autriche et de 49,1 % à 60 % en Suède.

3 RS 721.80 4 RS 730.0

1551 Par rapport à la version mise en consultation, on a renoncé à fixer un objectif quantitatif pour l'utilisation rationnelle de courant. Cette démarche se défend puisque l'objectif fixé à l'al. 1 concernant les agents renouvelables (pourcentage de la consommation) peut également être mise en œuvre par le biais du recul de la demande. De plus, on pourrait contester la valeur d'un objectif s'appliquant à la seule consommation d'électricité, qui risquerait d'aller à l'encontre des efforts de substitution préconisés dans l'optique de la protection du climat, par exemple le remplacement des équipements de chauffage aux énergies fossiles par des pompes à chaleur électriques. La directive proposée par la Commission européenne concernant les rendements et prestations de service énergétiques (COM [2003] du 10.12.2003) préconise à juste titre un objectif d'accroissement du rendement énergétique global. Elle assigne par ailleurs certaines obligations (p. ex. offre d'audits énergétiques, contracting), y compris aux gestionnaires de réseaux de distribution. La LAPeI doit aussi astreindre le secteur de l'électricité à prendre des mesures visant à renforcer l'efficacité. L'art. 5, al. 1 habilite les cantons à donner aux gestionnaires de réseaux des mandats de prestations également dans le domaine de l'utilisation rationnelle de

l'électricité. En vertu de l'art. 14, al. 3, let. e, LApEl, la structure des tarifs d'utilisation du réseau ne doit pas inciter à la consommation mais encourager l'utilisation rationnelle de l'électricité. En outre la loi sur l'énergie permet au Conseil fédéral d'aller plus loin qu'actuellement dans les prescriptions relatives à l'admission d'appareils et d'installations électriques (art. 8 LEn). Selon l'al. 1, l'apport des agents renouvelables pour la couverture des besoins indigènes d'électricité devrait, passer de 67 % à 77 % à l'horizon 2030. L'indice proposé est déterminé sur la base de données largement connues. La valeur de départ de 67 % correspond à la production moyenne des années 1994 à 2003 par rapport à la consommation finale. Sont comprises dans la production les valeurs attendues de la force hydraulique et la production effective venant de l'énergie solaire, de l'énergie éolienne, l'énergie géothermique, de la biomasse, de la valorisation de la part renouvelable des déchets dans les installations de traitement des ordures (évaluée à 50 %). Cet indice tient compte des vœux des participants à la consultation qui sont soucieux de voir augmenter les exigences de production de courant à partir d'agents renouvelables en même temps que la demande. Cela va aussi dans le sens des intérêts de la sécurité d'approvisionnement. Les dispositions d'exécution devront préciser dans quelle mesure l'augmentation de la production provenant d'énergies renouvelables peut être prise en compte dans la réalisation des objectifs (prise en compte des besoins propres des installations, imputabilité des certificats d'origine étrangère, certificats pour des énergies renouvelables ou participation à des installations à l'étranger, etc.). Par rapport à la consommation finale de 2003, l'objectif de 77 % représente une production supplémentaire de quelque 5400 GWh provenant d'énergies renouvelables. L'al. 2 prévoit de maintenir et de renouveler, jusqu'en 2030, l'exploitation de la force hydraulique comme principal pilier de la production indigène d'électricité. L'objectif minimal est de maintenir le niveau de production des actuelles centrales hydroélectriques. Le but n'est pas de développer encore l'utilisation de la force hydraulique, mais de moderniser les installations existantes. C'est là un défi, car la diminution de la production consécutive aux dispositions relatives au débit résiduel devra être compensée par des hausses de rendement, notamment lors du renouvellement des concessions d'installations existantes. Les incertitudes liées à l'ouverture du marché européen et le fait que les capacités de production soient encore suffisantes

entraînent un ralentissement des investissements. A long terme cependant, le potentiel de la force hydraulique reste intact sur le marché de la concurrence internationale. La fonction de régulation des centrales hydroélectriques à accumulation va encore prendre de l'importance, notamment avec le développement de l'utilisation de l'énergie éolienne. Dans le cadre de la protection du climat et compte tenu de son importance économique et régionale (emploi, revenus, recettes fiscales), l'augmentation de l'utilisation de la force hydraulique aura des effets bien au-delà des objectifs de la politique énergétique. Afin de renforcer l'efficacité, l'al. 3 permet de développer au moyen d'un appel d'offres les augmentations de capacités de production provenant d'agents renouvelables. L'accroissement de la production peut s'appuyer sur de nouvelles installations ou sur la modernisation des équipements existants. Les surcoûts justifiés qui en résultent peuvent être compensés par un supplément sur les prix d'utilisation du réseau à haute tension. Ainsi les consommateurs finaux dans le pays supporteront solidairement les dépenses liées aux programmes promotionnels. Ces «surcoûts» englobent les dépenses qui ne peuvent être amorties par les prix pratiqués sur le marché ainsi que les frais administratifs des programmes. Le mécanisme d'attribution permet de fixer les techniques prioritaires. Afin de pouvoir également promouvoir des technologies qui, bien que

nécessaires à long terme, sont aujourd'hui encore loin d'être rentables, un nombre limité d'appels d'offre distincts doivent être proposés à cet effet. Les appels d'offres doivent se faire sur le mode partenarial dans le cadre du programme de politique énergétique (aujourd'hui SuisseEnergie). En vertu de l'al. 4, le département passera des accords avec les organisations concernées. Pour la mise en œuvre, on examinera la création d'une «agence de l'électricité» par les gestionnaires de réseaux. Un mandat de prestations de l'office permettra d'associer les organisations s'occupant de promouvoir les agents renouvelables telles que l'Agence suisse des énergies renouvelables AEE à la préparation des programmes d'appel d'offres et à leur exécution. L'office (SuisseEnergie) devra approuver les programmes avant leur réalisation. Il devra également déterminer les parts maximales et minimales des technologies et des agents énergétiques qui pourront faire l'objet d'un appel d'offre. Par ailleurs, les autorités susmentionnées doivent vérifier le coût des programmes ainsi que le volume de production supplémentaire dû aux technologies faisant l'objet de mesures d'encouragement. Il faut atteindre les objectifs formulés aux al. 1 et 2 dans le respect des principes de coopération et de subsidiarité énoncés à l'art. 2 de la LEn en vigueur. De son côté, le Conseil fédéral recourra aux mesures définies aux art. 7b et 7c si les objectifs partiels (art. 7a, al. 5) ne sont pas atteints ou que l'on constate à l'avance qu'ils ne pourront pas l'être (al. 6). Art. 7b Quotas et certificats destinés à accroître la production d'électricité au moyen d'énergies renouvelables L'une des mesures que le Conseil fédéral prendra si les objectifs partiels au sens de l'art. 7a, al. 5, LEn ne sont pas atteints, sera la définition de la quantité minimale, d'électricité provenant d'énergies renouvelables qui devra être fournie aux consommateurs finaux. Selon l'al. 1, les entreprises d'approvisionnement qui fournissent de l'électricité aux consommateurs finaux seront tenues de leur en livrer une quantité minimale prove-

1553 nant d'agents renouvelables. Ce minimum annuel sera déterminé par le Conseil fédéral. Il devrait être fixé en pour-cent. L'al. 4 prévoit que le Conseil fédéral édictera les dispositions d'exécution par voie d'ordonnance, notamment celles relatives à la négociation des certificats, à la durée de validité de ces certificats aux sanctions applicables aux fournisseurs qui n'auront pas atteint le quota ou n'auront pas obtenu les certificats requis, ainsi qu'aux dérogations en faveur des consommateurs finaux à forte intensité énergétique. Art. 7c Rétribution du courant injecté destiné à accroître la production d'électricité au moyen d'énergies renouvelables Une autre mesure que le Conseil fédéral peut prendre si les objectifs partiels au sens de l'art. 7a, al. 5, LEn ne sont pas atteints est l'introduction d'une rétribution du courant injecté qui couvre les coûts. L'al. 1 étend aux installations neuves la réglementation touchant l'obligation de reprise de l'énergie qui est fixée conformément à l'art. 7 LEn. Seront tenues de reprendre l'électricité non seulement les entreprises d'approvisionnement public en énergie, mais aussi toutes les entreprises responsables de l'exploitation d'un réseau d'électricité. En outre, aux termes de l'al. 1, toute l'électricité produite, et pas uniquement les surplus d'énergie, devra être reprise. Afin de respecter le principe de la concurrence, cette obligation de reprendre et de rétribuer s'appliquera à toutes les nouvelles énergies renouvelables (énergie solaire, énergie éolienne, énergie géothermique, biomasse). Les technologies à encourager par la rétribution du courant injecté seront précisées dans les dispositions d'exécution. Les centrales hydroélectriques de moins de 1 MW seront indemnisées selon un tarif fondé sur les prix applicables à l'énergie équivalente fournie par les nouvelles installations de production sises en Suisse, comme elles le sont aujourd'hui dans le cadre de l'art. 7, al. 3 et 4, LEn. Le Conseil fédéral précisera en outre dans les dispositions d'exécution de l'al. 2 sous quelles conditions les

installations neuves sont considérées comme telles et à quelles exigences doivent satisfaire les installations modernisées. Selon l'al. 3, le producteur obtiendra, à compter de la mise en service de l'installation, une rétribution spéciale couvrant les coûts de l'électricité injectée durant une période à fixer dans les dispositions d'exécution,. La let. a de l'al. 4 précise que la rétribution se basera sur les coûts de production dans des installations de référence et qu'elle différera selon la technique de production et la puissance des installations. La let. b prévoit que le Conseil fédéral adaptera chaque année le montant de la rétribution en fonction des progrès techniques et de l'évolution des coûts. Ainsi les installations construites plus tard ne bénéficieront plus des dédommagements élevés accordés initialement. En principe, selon la let. c, les installations profitant de la rétribution du courant injecté obtiendront un montant fixe pendant une période qui sera déterminée dans les dispositions d'exécution. Selon l'al. 5, les surcoûts (coûts qui ne sont pas couverts par les prix du marché) imputables à la rétribution de l'injection de courant seront reportés sur les taxes d'utilisation du réseau de transport.

1554 3. Loi du 24 juin 1902 sur les installations électriques<sup>5</sup> Art. 3a, 18a à 18k, 55, al. 1bis La réglementation anticipée sur le commerce transfrontalier d'électricité sera valable jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité, mais au plus jusqu'au 31 décembre 2008. Ces dispositions devront par conséquent être abrogées lors de l'entrée en vigueur de la LApEl. Si le Parlement devait ne pas entrer en matière sur le traitement échelonné de la modification de la LIE et de la LApEl (voir ch. 1.5.1), ces dispositions deviendraient obsolètes. Art. 15, al. 2, seconde phrase, et 19 Selon l'art. 19, al. 1, de la loi sur les installations électriques (LIE), le Conseil fédéral nomme pour la période administrative une commission des installations électriques formée de sept membres. Cette commission donne son avis en particulier sur les prescriptions du gouvernement concernant l'établissement et l'entretien des installations électriques. Or elle n'est plus nécessaire pour l'élaboration et l'exécution de la législation sur l'électricité dans la situation actuelle. Elle est d'ailleurs déjà dissoute de facto. Il convient donc d'adapter en conséquence l'art. 15, al. 2, seconde phrase, où il est question d'un avis d'expertise émanant de cette commission. Art. 15a A l'instar de l'art. 37 révisé de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC, RS 784.10; FF 2003 7303), cette disposition exclut l'application du principe d'accession au sens de l'art. 667 du code civil (CC, RS 210). Ainsi la propriété des lignes électriques souterraines et de leurs installations annexes (p. ex. les canalisations de câbles et les puits) revient aux gestionnaires de réseaux même là où aucune servitude n'a été inscrite au registre foncier. Cette disposition répond à un besoin urgent des entreprises d'électricité. En effet, nombre de gestionnaires de réseaux ont insuffisamment assuré leurs arrières juridiques, ce qui leur a valu par le passé de multiples difficultés (p. ex. lors du transfert de propriété du réseau ou lorsqu'un propriétaire foncier demandait d'éliminer la ligne). Art. 44 L'art. 44, let. b, LIE prévoit que le droit d'expropriation peut être exercé pour le transport d'énergie électrique sur les réseaux d'approvisionnement et de distribution existants. Comme le droit d'accès au réseau pour les tiers est ancré dans l'art. 13, al. 1, LApEl, le droit d'expropriation n'a plus de raison d'être et le passage y relatif peut être biffé. L'exigence d'une autorisation pour la dérivation d'eau est aujourd'hui caduque, de même que pour l'exportation de courant. Avec l'arrêté fédéral du 18 décembre 1998 relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale (FF 1999 I 176), la base constitutionnelle de la seconde de ces obligations a déjà été abrogée. Il faut donc en suppri-

5 RS 734.0

1555 mer aussi la concrétisation dans la loi. L'OFEN s'en est du reste distancié depuis plusieurs années. 3 Conséquences

**E. 15**

postes à plein temps. Le Conseil fédéral envisage de couvrir les coûts de l'exécution des tâches confiées par la loi à la Commission de l'électricité et au secrétariat ainsi que ceux générés par les services spécialisés en vue de la mise en œuvre de la loi, d'une part, par des émoluments et, d'autre part, par des taxes de surveillance annuelles perçues auprès du gestionnaire suisse du réseau de transport.

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