

10.480

Initiative parlementaire

Pas de bureaucratie inutile dans le domaine des réseaux électriques

Rapport de la commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national

du 21 février 2011

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent rapport, nous vous soumettons le projet d'une modification de la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques et de la loi sur l'approvisionnement en électricité que nous transmettons simultanément au Conseil fédéral pour avis.

La commission propose d'adopter le projet d'acte ci-joint.

21 février 2011

Pour la commission:

Le président : Jacques Bourgeois

Condensé

Dans son expertise du 22 février 2010, la Commission de la concurrence (COMCO) a conclu, en se fondant sur la loi sur le marché intérieur, à l'obligation de recourir à un appel d'offres pour les concessions liées au réseau de distribution d'électricité. Dans le communiqué de presse qu'elle a publié dans ce contexte, la COMCO retient en outre que l'obligation de procéder à un appel d'offres prévaut également pour le transfert de l'exploitation d'autres monopoles de fait à des privés, soit pour la concession d'utilisation des forces hydrauliques. L'assujettissement des concessions susmentionnées à l'obligation d'appel d'offres est cependant un sujet controversé. Afin d'éliminer d'éventuelles incertitudes soulevées par l'expertise de la COMCO, la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national (CEATE-N) a décidé d'apporter des précisions dans les lois spéciales concernées. Elle a élaboré dans le cadre de l'initiative parlementaire «Pas de bureaucratie inutile dans le domaine des réseaux électriques» (10.480) un projet d'acte qui établit que pour accorder le droit de passage de lignes électriques au-dessus d'un terrain du domaine public ou pour l'utilisation des forces hydrauliques, les autorités concédantes concernées ne sont pas tenues de recourir à un appel d'offres. En outre, les concessions doivent être accordées dans le cadre d'une procédure transparente et non discriminatoire.

Rapport

1 Rappel des faits

1.1 Initiative de commission

Le 6 juillet 2010, la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national (CEATE-N) a décidé d'élaborer l'initiative de commission «Pas de bureaucratie inutile dans le domaine des réseaux électriques» (10.480). Son objectif est de modifier la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl; RS 734.7), de manière à préciser que l'art. 2, al. 7 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) ne s'applique pas pour le réseau national de transport ni pour les réseaux de distribution d'électricité. L'art. 2, al. 7, LMI stipule que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres. L'initiative parlementaire a été provoquée par une expertise de la Commission de la concurrence (COMCO), qui s'était prononcée en faveur d'une obligation d'appel d'offres dans ce domaine.

L'initiative de commission reprend en outre la proposition de la motion Freitag «Concessions d'utilisation de la force hydraulique et d'exploitation du réseau de distribution électrique. Droit de décision des collectivités» (10.3469), que le Conseil des Etats a accepté le 28 septembre 2010. La motion Freitag exige, au travers d'une disposition législative claire, une dérogation à l'obligation d'appel d'offres pour les concessions des réseaux électriques et d'utilisation des forces hydrauliques.

En date du 6 septembre 2010, la CEATE du Conseil des Etats (CEATE-E) a approuvé la décision de son homologue du Conseil national dans le cadre de l'examen préliminaire conformément à l'art. 109 de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl; RS 171.10).

L'assujettissement de ce type de concessions à l'obligation d'appel d'offres selon la LMI est sujet à controverse. Plusieurs avis de droit ont été émis et certains contredisent la prise de position de la COMCO. La CEATE-N a décidé de régler le problème rapidement par voie législative. Elle a été secondée dans ses travaux par le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC).

C'est à l'unanimité que la commission a approuvé, le 21 février 2011, son projet de loi.

1.2 Expertise de la Commission de la concurrence

Selon l'avis de droit que la COMCO a émis le 22 février 2010 et publié le 16 avril 2010, une procédure d'appel d'offres est obligatoire pour le renouvellement d'une concession d'utilisation du domaine public ainsi que l'approvisionnement en électricité par une entreprise privée, au sens de l'art. 2, al. 7 nouvellement adopté dans la LMI lors de la révision de 2006. La COMCO justifie sa position en arguant que la LApEl ne contient aucune disposition prévalant en tant que lex specialis sur l'art. 2, al. 7, LMI, et dont l'application exclurait qu'une distinction entre monopoles légaux et monopoles de fait, basée sur la formulation choisie dans l'art. 2, al. 7, LMI et sur les matériaux législatifs, paraisse injustifiée et que l'octroi d'une concession d'usage particulier en vertu de l'art. 1, al. 1, LMI doive impérativement s'effectuer dans le cadre d'une procédure non discriminatoire et orientée vers la concurrence. En procédant à un appel d'offres, on pourrait par exemple escompter des avantages dans le sens d'une exploitation plus efficace au niveau des coûts. Mais la COMCO reconnaît que ces avantages seraient réduits par les facteurs limitant le degré de concurrence (recettes ou rémunération de l'utilisation du réseau fixées d'avance, obligation d'appel d'offres concernant seulement les réseaux d'«entreprises privées» et non pas les réseaux de collectivités publiques) et qu'on serait confronté à d'énormes difficultés (exemples dans l'avis de droit) lors de la mise en œuvre concrète.

S'appuyant sur l'art. 8 LMI, la COMCO recommande donc au Conseil fédéral de fixer les conditions nécessaires pour un appel d'offres en créant une réglementation dans la LApEl.

La COMCO mentionne l'octroi du droit d'exploiter l'énergie hydraulique, ce qu'on appelle communément la concession de droits d'eau, uniquement dans le cadre du communiqué de presse sur l'expertise, en expliquant que l'obligation d'appel d'offres concerne également la transmission d'exploitation d'autres monopoles de fait à des particuliers et donc d'autres concessions d'usage particulier comme par ex. l'utilisation des forces hydrauliques. Ainsi, la COMCO attribue à son avis de droit une importance allant au-delà des faits examinés.

1.3 Concessions

Par le biais d'une concession, l'Etat octroie à une personne ou entreprise privée le droit d'exercer une activité économique, qui lui est initialement réservée (monopole d'Etat). Les monopoles d'Etat se fondent sur une norme (monopole légal) ou sur des données réelles comme par exemple la possession d'un terrain du domaine public (monopole de fait). Le droit à l'usage exclusif d'une chose publique est octroyé par des concessions d'usage particulier. Il s'agit par exemple de la concession de droits d'eau et du droit de passage de lignes électriques au-dessus du domaine public.

1.4 Situation actuelle

1.4.1 Cadre de la loi sur l'approvisionnement en électricité

La LApEl ne règle que certains aspects de l'approvisionnement en électricité. Elle offre ainsi, par une ouverture en deux phases, c'est-à-dire d'abord pour les gros consommateurs finaux et plus tard pour l'ensemble des consommateurs finaux, le libre choix du fournisseur de courant, ce qui présuppose un accès non discriminatoire au réseau. Mais la LApEl assure également l'approvisionnement de base. S'agissant des réseaux, les réglementations sont les suivantes: la rémunération pour l'utilisation du réseau est réglementée et surveillée par la Commission de l'électricité (ElCom). Le réseau de transport est attribué à la Société

nationale du réseau de transport (swissgrid sa). Concernant l’approvisionnement de base, les cantons doivent attribuer des zones de desserte, afin d’éviter des régions dites orphelines. La LApEl ne contient pas de base légale pour les concessions de réseau. Selon le message relatif à la LApEl, le réseau, en tant que monopole naturel, n’est soumis à aucune concurrence directe (FF 2005 1502). Les autorisations pour la construction de lignes sont régies par la loi du 24 juin 1902 sur les installations électriques (LIE; RS 734.0).

1.4.2 Situation dans les cantons (réseaux et approvisionnement électriques)

L’économie électrique s’est développée au fil du temps et est organisée différemment selon les cantons ou les communes, pour autant qu’elles soient responsables, même après l’entrée en vigueur de la LApEl. Actuellement, il n’existe pas d’aperçu général des différentes réalités cantonales.

Distinction entre réseaux et fourniture de courant

Il convient de faire une distinction entre *la distribution* d’électricité, c’est-à-dire les réseaux (infrastructure), et *l’approvisionnement* en électricité, c’est-à-dire la fourniture proprement dite de courant. La dérogation à l’obligation d’appel d’offres dans la LApEl est prévue uniquement pour la distribution d’électricité, donc pour les réseaux. Pour ce qui concerne l’approvisionnement, il faut cependant noter que les cantons ayant transmis (sur la base d’une norme juridique, d’une concession, d’un contrat, etc.) l’approvisionnement électrique à une entreprise (publique ou privée) d’approvisionnement en électricité (EAE), ont jusqu’ici souvent également réglé les aspects des réseaux (par ex. l’utilisation d’un terrain du domaine public) dans le cadre de cette transmission; jusqu’à présent, on n’a sans doute peu fait de distinction entre distribution et approvisionnement. S’agissant de l’approvisionnement électrique, il faut relever que, suite à l’entrée en vigueur de la LApEl, les cantons n’ont plus autant de liberté que précédemment. Ils ne peuvent par ex. plus accorder un droit exclusif de fourniture de courant à une EAE pour une région donnée (cf. message relatif à la LApEl, FF 2005 1562), car cela serait une atteinte au droit d’option des consommateurs finaux bénéficiant de l’ouverture du marché de l’électricité. Un nouvel aspect essentiel de l’approvisionnement résulte du droit fédéral, soit l’obligation du gestionnaire de réseau, conformément aux art. 6 et 7 LApEl, de garantir l’approvisionnement de base dans sa zone de desserte (art. 5 LApEl).

Dissemblance des concessions cantonales

Selon l’art. 5 LApEl, les cantons sont tenus de désigner et d’attribuer les zones de desserte. En fait, cette procédure concerne les réseaux (de distribution), mais ne correspond pas exactement à ce que les cantons ou les communes accordaient jusqu’à présent par le biais de concessions de réseau d’approvisionnement ou autres attributions. En ce qui concerne le réseau, ces concessions ont notamment conféré le droit d’utiliser le domaine public, et parfois aussi l’autorisation de construire et d’exploiter des lignes électriques. Toutefois, la situation diffère ou a différé fortement d’un canton à l’autre. Si la collectivité publique elle-même, par ex. un établissement cantonal ou un service communal, se charge de l’approvisionnement en électricité, il ne faut pas de concession (dans un tel cas, il n’est du reste pas question non plus d’une transmission à une *entreprise privée* au sens de l’art. 2, al. 7, LMI). Même avec la LApEl, les cantons conservent le droit d’autoriser l’utilisation d’un terrain du domaine public par le biais d’une concession (message relatif à la LApEl, FF 2005 1563). L’admissibilité de concessions cantonales pour la construction et l’exploitation de lignes électriques est sujette à controverse dans plusieurs avis de droit en la matière (par ex. en référence à la procédure d’approbation des plans, réglée définitivement par le droit fédéral, en vertu de la LIE). Il demeure généralement incontesté qu’une éventuelle monopolisation de la construction et de l’exploitation du réseau résulterait du droit cantonal. Un tel monopole ne peut découler de la LApEl. Ce sont donc les concessions de réseau décrites ci-dessus, basées sur le droit cantonal et donc différentes d’un canton à l’autre, qui seraient soumises à l’obligation d’appel d’offres selon l’avis de droit de la COMCO; dans les cantons n’ayant pas de concessions, il n’y aurait pas d’appel d’offres.

Relation des concessions cantonales avec l’art. 5 LApEl

Comme indiqué précédemment, l’attribution des zones de desserte est prévue par le droit fédéral (art. 5 LApEl), mais elle incombe aux cantons. Cette attribution ne rend pas forcément caducs les éventuels droits et devoirs liés à une concession, tels qu’ils existaient jusqu’à présent. L’utilisation d’un terrain du domaine public en particulier (transit d’électricité) est un usage particulier, non soumis à l’art. 5 LApEl, que les cantons peuvent toujours autoriser par le biais d’une concession (FF 2005 1563). Contrairement à la loi sur les télécommunications par exemple, l’art. 5 LApEl ou le droit fédéral ne prévoient aucune prétention à une telle utilisation. Il est cependant stipulé que l’attribution d’une zone de desserte doit se faire sans discrimination. Mais le message précise aussi que les rapports actuels de propriété des réseaux doivent si possible être sauvegardés (FF 2005 1528). Aujourd’hui, l’attribution des zones de desserte dans les cantons se fait en général sur simple décision.

1.4.3 Cadre de la loi sur les forces hydrauliques

Du point de vue économique, l’énergie hydraulique est la ressource la plus simple à exploiter sur le plan national pour produire de l’électricité. Comme elle est disponible quasiment en permanence et en partie directement accumulable, elle revêt une grande importance pour garantir la sécurité d’approvisionnement.

Les dispositions-cadre de la loi sur les forces hydrauliques du 22 décembre 1916 (LFH ; RS 721.80) actuellement en vigueur ne prévoient pas expressément d’obligation d’appel d’offres pour les concessions de droits d’eau, mais ne l’excluent pas non plus expressément. L’art. 41 LFH précise simplement à quel soumissionnaire (dans le cadre de la procédure ordinaire de concession) il faut octroyer la concession, si plusieurs personnes sont en compétition. Dans un tel cas, la préférence est donnée au projet qui sert le mieux l’intérêt public, et, si les projets en compétition le servent dans la même mesure, à celui qui assure l’utilisation du cours d’eau la plus économique.

Selon qu’il s’agit d’une concession fédérale, cantonale ou communale, les dispositions de procédure figurent de manière exhaustive dans la LFH et en plus, dans les dispositions correspondantes des cantons et des communes d’implantation.

En règle générale et en bref, la procédure de concession se présente actuellement comme suit:

L’autorité compétente pour l’octroi de la concession (s’il s’agit d’un tronçon de cours d’eau non encore soumis à concession) est contactée par un ou plusieurs intéressés, respectivement (avant l’échéance d’une concession en cours) par le concessionnaire actuel ou par d’autres intéressés. Ce n’est qu’après des travaux préparatoires exigeant un investissement considérable en moyens de la part

des intéressés (élaboration d'études techniques et d'un rapport d'impact sur l'environnement, définition des mesures environnementales compensatoires qui s'imposent, élaboration de la demande de concession, etc.) que l'autorité peut et doit publier et mettre à l'enquête les demandes de concession et d'approbation des plans (cf. art. 60, al. 2 et art. 62c LFH). La publication permet de faire valoir les intérêts et les droits s'opposant concrètement au projet (pour autant qu'ils n'aient pas déjà été pris en compte lors des travaux préparatoires). Par ailleurs, d'autres intéressés ont la possibilité de faire part de leur propre intérêt pour une concession correspondante. Les concessions fédérales requièrent en outre la consultation des cantons concernés (cf. art. 6, 7, 52 et 62c LFH). Alors que depuis la révision de 1999, on applique pour les concessions fédérales une procédure concentrée en une seule étape, dans laquelle toutes les autorisations nécessaires sont accordées avec la concession, la procédure d'octroi d'une concession cantonale ou communale s'effectue généralement en deux, voire trois étapes. L'octroi de la concession et la délivrance des autorisations nécessaires sont traités dans des procédures séparées. Comme les décisions de concession sont aussi soumises en dernière instance au recours de droit public auprès du Tribunal fédéral et que les associations écologiques et pour la protection de la nature sont habilitées à recourir en vertu du droit fédéral, les décisions sont généralement publiées dans les organes officiels des communes et cantons concernés.

Cette procédure simple et initiée par les intéressés répond au fait que la collectivité publique, détentrice de la souveraineté sur les eaux, peut en principe décider en toute liberté, dans le cadre des principes de droit administratif (il s'agit en particulier du principe de légalité ainsi que des principes d'égalité des droits, de l'intérêt public, de la proportionnalité et de la bonne foi) si, à qui et à quelles conditions elle veut transférer son droit d'utilisation des forces hydrauliques à un tiers. En effet, selon la doctrine et la jurisprudence, il n'est pas non plus nécessaire d'octroyer une concession là où l'utilisation de l'énergie hydraulique serait en principe autorisée sur la base de la situation juridique actuelle. Si les dispositions de procédure concrètement applicables pour l'octroi des droits d'eau ne prévoient pas de procédure administrative, mais une procédure démocratique, cet aspect gagnera en importance.

La procédure actuelle peut être désignée comme non discriminatoire et orientée vers la concurrence en particulier parce que l'OFEN publie les données techniques et les durées des concessions en cours pour les centrales d'une puissance supérieure à 300 kW dans la Statistique des aménagements hydroélectriques de la Suisse (SAHE). Par ailleurs, certains cantons ont publié expressément les tronçons de cours d'eau qui recèlent (encore) un potentiel d'extension et dont l'utilisation paraît en principe judicieuse et souhaitable. Ainsi, les personnes intéressées par la mise en valeur des forces hydrauliques savent d'emblée quand et quelles concessions seront renouvelées et quelles nouvelles concessions seront probablement octroyées.

1.4.4 Situation dans les cantons (énergie hydraulique)

Il incombe aux cantons d'édicter les dispositions de procédure dans le cadre du droit fédéral pour l'octroi des concessions hydrauliques cantonales (cf. art. 60, al. 1, LFH). Ils ont ainsi la possibilité de prévoir une procédure d'appel d'offres d'une manière générale ou en rapport avec des cas déterminés. Mais jusqu'à présent, aucun canton n'a introduit une procédure d'appel d'offres ni effectivement procédé à un appel d'offres.

Dans le cadre de leurs propres dispositions, certains cantons ont délégué la souveraineté sur les eaux aux communes ou corporations. Apparemment, celles-ci n'ont encore procédé à aucun appel d'offres jusqu'à ce jour.

2 Grandes lignes du projet

2.1 Généralités

Une dérogation à l'obligation d'appel d'offres en vertu de l'art. 2, al. 7, LMI peut également résulter d'une exclusion implicite instituée par une loi spéciale, par ex. selon le sens et le but de la loi correspondante. Malgré tout, par souci de clarté et pour les domaines des réseaux électriques et de l'utilisation des forces hydrauliques, il convient de stipuler explicitement dans la loi spéciale (LApEl et LFH) qu'il n'existe pas d'obligation d'appel d'offres. Le projet édicte des dispositions dans la LApEl et la LFH et est élaboré sous la forme d'un acte modificateur unique.

Les concessions de réseau électrique sont à l'origine de l'avis de droit de la COMCO et de l'initiative parlementaire. C'est pourquoi le présent rapport traite d'abord de la problématique de la LApEl et seulement après de celle de la LFH, bien que ces deux lois soient classées dans un ordre inverse dans le Recueil systématique du droit fédéral.

2.2 Consultation

L'inscription des nouvelles dispositions prévues dans la LApEl et dans la LFH revient à consacrer une pratique qui a fait ses preuves. Le projet vise ainsi à créer une base légale univoque qui permette de maintenir la pratique en vigueur ; il ne contient aucune modification matérielle. Par conséquent, la commission a décidé de renoncer à lancer une procédure de consultation, garantissant par là même la mise en œuvre rapide du projet

2.3 Loi sur l'approvisionnement en électricité

Dans leurs interventions, la CEATE-N et le Conseiller aux Etats Freitag ont déjà donné de nombreuses raisons plaidant contre l'obligation d'appel d'offres pour les réseaux électriques. Voici les principales:

- dans la LApEl, l'exploitation du réseau n'est pas soumise à un système de libre concurrence (sécurité de l'approvisionnement);
- la concurrence ne fait pas sens dans le domaine du réseau;
- une procédure d'appel d'offres obligatoire engendrerait davantage de bureaucratie et les coûts prendraient inutilement l'ascenseur – alors qu'un éventuel profit économique resterait limité;
- un appel d'offres (obligatoire) provoquerait des difficultés de mise en œuvre.

Autres raisons:

- l'obligation de recourir à un appel d'offres nuit à la sécurité de la planification et à la propension à investir (mauvaise mesure incitative);
- la nouvelle concession et la propriété du réseau divergent, d'où la nécessité de recourir à l'expropriation;
- appels d'offres hétérogènes compte tenu de la dissemblance des concessions dans les cantons.

Un but central de la LApEl est la garantie de la sécurité de l'approvisionnement. Aussi a-t-on délibérément évité d'instituer un système de libre concurrence pour l'exploitation du réseau et choisi plutôt de réglementer ce domaine; le message stipule explicitement que le réseau est un monopole naturel non soumis à une concurrence directe (FF 2005 1502). En raison de cette régulation et, en particulier, des prescriptions sur la rémunération pour l'utilisation du réseau et de son contrôle par l'EiCom, on ignore si une concurrence supplémentaire telle que générée par un appel d'offres serait beaucoup plus efficace (au niveau des coûts). La COMCO elle-même admet que les avantages ne seraient pas si importants. Comme indiqué, la LApEl ne voulait pas de concurrence *autour des réseaux*, mais une concurrence *sur le réseau*. Il importe donc que l'infrastructure fonctionne de manière fiable et que quiconque le souhaitant puisse l'utiliser de manière non discriminatoire. La LApEl prend déjà en compte ces objectifs. Quant aux réseaux de distribution d'électricité, il s'agit d'infrastructures à longue durée de vie avec une durée d'amortissement jusqu'à 50 ans. Les appels d'offres prévus peuvent donc nuire à la sécurité de la planification. La propension des propriétaires ou des exploitants à investir dans les réseaux (extensions, entretien, etc.) peut diminuer, ce qui se répercute à nouveau de manière négative sur l'état des réseaux et sur la sécurité de l'approvisionnement. Un nouveau problème surgit précisément lorsqu'une concession est octroyée à un nouvel exploitant (les appels d'offres visent justement cette possibilité), mais qui n'est pas propriétaire (ou titulaire) du réseau en question. Les lignes électriques appartiennent à l'EAE qui les a construites ou acquises (art. 15a LIE; cf. également l'art. 676 du Code civil suisse, CC; RS 210). La concession ne confère pas cette propriété, mais par ex. seulement le droit d'utiliser un terrain du domaine public. Pour remédier à une telle divergence entre concession et propriété du réseau, la seule solution possible serait souvent l'expropriation, d'autant plus que les accords à l'amiable dans ces cas-là seraient sans doute rares. Une obligation d'appel d'offres limiterait considérablement l'autonomie des cantons. Il faut encore relever que, par le biais d'une concession, les cantons accordent des autorisations très différentes; il n'y a peut-être même pas de place pour une quelconque concession (cf. plus haut ch. 1.4.2). Il en résulterait que le contenu des appels d'offres, selon les cantons, serait différent, dans la mesure où un appel d'offres serait vraiment obligatoire. Une réglementation des conditions et de la procédure d'appel d'offres dans la LApEl, ce qu'exige la COMCO dans sa recommandation, ne changerait rien non plus à cette hétérogénéité qu'il s'agit d'éviter. Globalement, il faut donc s'attendre à davantage de bureaucratie, à des débats compliqués et à de longues procédures (le cas échéant, jusqu'au Tribunal fédéral). D'une manière générale, les appels d'offres pourraient aussi entraîner des coûts de transaction élevés; l'évaluation de l'infrastructure existante (transformateurs, instruments de mesure, pylônes, lignes électriques, etc.) est onéreuse. Concernant l'approvisionnement en électricité, les appels d'offres pour les concessions pourraient se traduire par une hausse de prix, cela avec un profit sans doute plutôt modeste au point de vue de l'efficacité (des coûts).

C'est pourquoi il est judicieux de stipuler dans la LApEl que les cantons ne sont pas tenus de procéder à un appel d'offres pour octroyer des concessions dans le domaine des réseaux électriques.

Dans la LApEL, il est prévu que la dérogation à l'obligation d'appel d'offres se limite aux réseaux. Cette restriction peut laisser supposer que, a contrario, l'appel d'offres est obligatoire dès qu'une concession règle des aspects d'approvisionnement. Reste qu'une telle interprétation a contrario n'est pas admissible en soi, du moins lorsque les aspects de l'approvisionnement ne semblent être que subordonnés ou étroitement liés à l'approvisionnement de base. Lorsqu'une collectivité publique attribue par exemple l'éclairage des routes par voie de concession, elle n'est pas tenue de recourir à une procédure d'appel d'offres. Ce qui ne signifie pas pour autant qu'une telle procédure ne serait pas indiquée. De manière générale, il convient de noter qu'en raison de l'interprétation a contrario, l'appel d'offres n'est obligatoire que dans la mesure où l'art. 2, al. 7, LMI l'exige (celui-ci par exemple n'est pas obligatoire lorsque la concession n'est pas transférée à une « entreprise privée ») et à condition que l'art. 5 LApEl laisse encore de la place pour des concessions.

Parallèlement à la dérogation à l'obligation d'appel d'offres, il convient de stipuler explicitement que la procédure doit être non discriminatoire et transparente. Il s'agit là de principes généraux, actuels, relevant de l'Etat de droit et découlant en dernier ressort de la Constitution fédérale. De manière générale, l'Etat doit veiller à instaurer des conditions de concurrence aussi équitables que possible, en particulier lorsqu'il s'agit d'attribuer des concessions pour lesquelles seul un soumissionnaire peut être pris en compte; par ailleurs, il doit veiller à respecter la neutralité concurrentielle. Etant donné qu'il s'agit de principes généraux, les autorités concédantes ont également dû les respecter jusqu'à présent. Sur le fond, ce complément n'apporte donc aucun élément véritablement nouveau; il ne fait qu'ancrer explicitement ces principes.

2.4 Loi sur les forces hydrauliques

Les arguments suivants, auxquels le Conseiller aux Etats Freitag s'est déjà partiellement référé pour justifier la motion qu'il a déposée, plaident contre l'obligation de procéder à un appel d'offres pour l'octroi d'une concession de droits d'eau:

- Le pouvoir discrétionnaire de la collectivité publique détentrice de la souveraineté sur les eaux serait inutilement restreint, car l'attribution devrait impérativement se faire en fonction des critères d'attribution préalablement définis, même si, au moment de l'attribution, un autre concurrent répondait peut-être mieux aux dispositions en vigueur et aux besoins.
- L'autorité concédante devrait effectuer, à ses propres frais et à ses propres risques, tous les travaux exigeant un investissement considérable en moyens et en temps pour élaborer les documents d'appel d'offres.
- Le débat précédant généralement le dépôt de la requête et nécessaire à l'optimisation du projet entre l'autorité concédante, les soumissionnaires et éventuellement les représentants d'intérêts d'utilisation ou de protection ne pourrait plus avoir lieu. L'objectif d'un tel débat est non seulement d'optimiser l'exploitation économique, mais surtout de protéger l'environnement et finalement aussi d'éviter d'inutiles procédures de recours.
- Une obligation d'appel d'offres compliquerait encore la procédure déjà très complexe à ce jour; on assisterait probablement à une augmentation de la durée et des coûts de la procédure (y compris des frais de tous les concurrents), ainsi qu'à un accroissement des frais assumés par les autorités concédantes.

- Compte tenu des modifications de la situation (modifications de lois, progrès techniques, nouveaux besoins, etc.), un projet de concession ayant déjà fait l'objet d'un appel d'offres devrait éventuellement être à nouveau soumis à cette procédure, ce qui prolongerait et renchérirait encore les procédures.
- Comme la COMCO l'a déjà mentionné à propos des réseaux électriques, la procédure d'appel d'offres devrait être mieux réglemantée dans la LFH par le biais de modifications des lois spéciales.
- Pour les tronçons de cours d'eau internationaux, un appel d'offres n'entrerait pas en ligne de compte, car l'UE ne connaît pas l'obligation d'appel d'offres, ce qui, comparativement aux centrales hydroélectriques sur territoire suisse, prolongerait et renchérirait les procédures de manière discriminatoire (cf. également ch. 5.3).
- La mesure incitative prévue par l'art. 58a LFH et visant à promouvoir les travaux de modernisation et d'extension des centrales actuelles pendant la concession en cours serait en fait réduite à néant.

3 Explication des différentes modifications

Les deux projets de dispositions prévoyant que les concessions peuvent être octroyées sans procéder à un appel d'offres, expriment l'absence d'obligation d'appel d'offres. Cependant, il demeure loisible aux cantons ou aux communes, selon la répartition cantonale des compétences, de prévoir une obligation d'appel d'offres ou de procéder effectivement à des appels d'offres, de manière générale ou dans des cas particuliers.

3.1 Modification de la LApEl

Art. 3a LApEl (nouveau)

La dérogation à l'obligation d'appel d'offres, liée aux notions de «réseau de transport» et de «réseau de distribution» conformément à l'art. 4, let. h et i, LApEl, doit s'appliquer aux concessions (ou titres juridiques similaires) pour l'utilisation du domaine public en matière de réseau, c'est-à-dire de tous les réseaux. Par ailleurs, la dérogation doit être applicable à toute autre concession de réseau éventuelle. Jusqu'à fin 2013, le réseau de transport (sur l'ensemble du territoire suisse) restera en fait propriété de la Société nationale du réseau de transport (art. 18, al. 2 et art. 33, al. 4, LApEl), raison pour laquelle la question des appels d'offres pour le réseau de transport ne se pose guère. Le réseau de transport est toutefois mentionné explicitement, compte tenu notamment de la période transitoire pour le transfert de propriété du réseau d'ici fin 2013, à cause des délicates questions de délimitation et parce que le réseau de transport comprend aussi des installations annexes comme par ex. les transformateurs ou les stations de transformation. Les concessions, éventuellement nécessaires pour ces installations annexes – l'art. 2, al. 2 de l'ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEl; RS 734.71) les considère comme faisant partie du réseau de transport – ne doivent pas non plus faire l'objet d'un appel d'offres. Comme indiqué au ch. 1.4.2, l'attribution (qui se fait sur simple décision) des zones de desserte conformément à l'art. 5 LApEl ne correspond pas à ce que les cantons attribuent par le biais d'une concession, même s'il existe certainement des chevauchements. Si cette attribution devait un jour être considérée comme un monopole cantonal ou communal au sens de l'art. 2, al. 7, LMI, la dérogation à l'obligation d'appel d'offres s'appliquerait également à cet état de fait, ce qui résulte d'emblée de la place dans la systématique légale de l'art. 3a parmi les dispositions générales.

Il convient d'ajouter par ailleurs que le projet d'art. 3a cite l'appel d'offres de manière générale, sans faire spécialement référence à l'art. 2, al. 7, LMI. Il est ainsi établi qu'on ne peut pas non plus formuler une obligation d'appel d'offres en s'appuyant sur d'autres normes (que l'art. 2, al. 7, LMI) ou d'autres principes. Les éventuels engagements intergouvernementaux de la Suisse, qui prévoient impérativement un appel d'offres pour ces cas-là, demeurent réservés.

Enfin, l'art. 3a stipule que la procédure doit être non discriminatoire et transparente.

Art. 5, al. 1

L'art. 5 concernant la désignation des zones de desserte doit lui aussi préciser que la procédure doit être transparente et non discriminatoire. Ce faisant, seule l'exigence de la transparence est nouvelle, puisque la loi actuelle prescrit déjà que l'attribution doit être non discriminatoire.

3.2 Modification de la LFH

Art. 60, al. 3bis (nouveau) et art. 62, al. 2bis (nouveau)

Comme déjà mentionné au ch. 3, l'autorité concédante aura toujours le droit, dans le cadre des dispositions de la procédure applicables dans ce cas concret, de procéder à un appel d'offres. Elle peut ainsi promouvoir l'utilisation des forces hydrauliques en particulier là où aucun producteur d'énergie ne manifeste son intérêt.

Afin d'éviter tout malentendu, le nouvel alinéa doit être intégré non seulement sous le titre marginal « I. Cours d'eau cantonaux », mais aussi sous « III. Concessions fédérales ». Cela permet de souligner expressément que la dérogation s'applique également à ce qu'on appelle les procédures de concessions fédérales, pour lesquelles la Confédération est certes formellement responsable de l'octroi des concessions, mais que les cantons ou les communes restent, comme par le passé, les détenteurs de la souveraineté sur les eaux (cf. Arrêt du Tribunal fédéral 2A.179/2000 et 2A.183/2000 du 4 décembre 2000, consid. 2a).

Comme déjà mentionné en rapport avec les réseaux électriques (cf. ch. 2.3), la phrase précisant que l'octroi des concessions sur les droits d'eau doit se faire dans le cadre d'une procédure non discriminatoire et transparente n'apporte aucun élément nouveau sur le fond.

4 Conséquences

Le projet vise à maintenir la pratique actuelle de l'octroi des concessions pour les réseaux électriques et pour l'utilisation des forces hydrauliques. Il souligne expressément que l'octroi de concessions doit se faire dans le cadre d'une procédure non discriminatoire et transparente. Cependant, étant donné que ces critères découlent aujourd'hui déjà de principes généraux et, pour certains, sont sommés par la Constitution fédérale, les autorités concédantes doivent déjà en tenir compte. Il ne faut donc pas s'attendre à d'importantes conséquences financières, ni à un grand effet sur l'état du personnel, ni à d'importants problèmes lors de la mise en œuvre.

Pour ce qui concerne le réseau électrique, il ne faut pas s'attendre à d'importantes conséquences de l'interprétation a contrario, décrites au chapitre 2.3.

5 Relation avec le droit européen

5.1 Généralités

La relation avec le droit européen est d'autant plus importante que la Suisse négocie actuellement un accord sur l'énergie avec l'UE. Les divergences entre les normes européennes et le droit suisse actuel donnant également lieu à des discussions, il faut éviter dans la mesure du possible que la Suisse adopte de nouvelles dispositions incompatibles ou seulement partiellement compatibles avec le droit de l'UE.

Il ressort des traités fondamentaux de l'UE que les concessions doivent en principe être attribuées selon des procédures transparentes et non discriminatoires. La Directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 a par ailleurs remplacé la Directive 2003/54/CE du 26 juin 2003. Elle vise une ouverture des marchés de l'électricité encore plus complète, mais ne contient pas, à l'instar de la directive précédente, d'obligation d'appel d'offres généralisée. Conformément à l'art. 8 de la nouvelle directive, une procédure d'appel d'offres ou « toute procédure équivalente en termes de transparence et de non-discrimination » ne s'applique impérativement que lorsque les capacités de production fixées lors de la procédure d'approbation ordinaire ou les mesures prises en matière d'efficacité énergétique ou de maîtrise de la demande d'électricité ne suffisent pas à garantir la sécurité de l'approvisionnement. Les Etats membres ont jusqu'au 3 mars 2011 pour mettre en œuvre les nouvelles prescriptions. Dans ce contexte, les Etats membres ont jusqu'à présent décidé d'assurer la concurrence sur le marché de la production d'électricité par le biais d'une procédure d'autorisation transparente et non pas par une procédure d'appel d'offres obligatoire.

Comme déjà mentionné précédemment, les procédures doivent aujourd'hui déjà être non discriminatoires et transparentes, en Suisse également. Par conséquent, les exigences posées aux procédures suisses sont comparables aux exigences posées aux procédures d'approbation des Etats membres de l'UE.

Enfin, il convient de relever que le droit d'aide européen, en tant que partie intégrante du droit européen de la concurrence, a connu un développement et un perfectionnement très importants. A maintes reprises, le secteur énergétique a donc été en point de mire du régime d'aide de la Commission européenne. En cas de reprise des nouvelles dispositions légales, il faudrait donc démontrer de manière proactive à l'UE qu'en l'occurrence, compte tenu des dispositions de procédure déjà appliquées aujourd'hui et orientées vers une procédure d'attribution ouverte et non discriminatoire, il ne s'agit pas d'une aide interdite par le droit européen.

5.2 Réseaux électriques

Comme la dérogation prévue se limite aux réseaux électriques, le projet d'art. 3a LApEl ne devrait pas être contraire au droit européen. Conformément à la Directive 2009/72/CE mentionnée, respectivement à l'état actuel du droit européen, les concessions de réseau ne requièrent généralement pas d'appel d'offres.

5.3 Utilisation des forces hydrauliques

Dans un arrêt décisif du 10 septembre 2009 (C-206/08), la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a précisé que les concessions en matière d'économie des eaux ne doivent pas être qualifiées de mandats de prestations, mais de concessions de prestations, lorsque le « mandataire » prend à sa charge, totalement ou du moins en majeure partie, le risque d'exploitation économique du « mandant » public. Ce faisant, la CJCE a également décidé que la Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 pour la coordination par les mandants de la passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ne s'applique pas aux concessions de droits d'eau et partant qu'il n'existe aucune obligation formelle d'appel d'offres.

Le Land Bade-Wurtemberg, avec lequel toutes les concessions sur le Rhin supérieur doivent être harmonisées, a édicté ses propres dispositions sur l'utilisation des forces hydrauliques dans le cadre des dispositions mentionnées au chiffre 5.1 et des prescriptions de la République fédérale d'Allemagne; elles sont comparables aux dispositions suisses. Le droit du Land Bade-Wurtemberg stipule ainsi qu'en présence de plusieurs demandes de permis ou d'autorisation, incompatibles les unes avec les autres, il faut d'abord donner la préférence au projet qui, apparemment, servira le mieux l'intérêt public. En deuxième lieu, la préférence sera donnée à une entreprise déjà existante. Les autres facteurs déterminants sont des liens étroits de l'entreprise avec un lieu déterminé, des nuisances insignifiantes pour le voisinage ainsi que la sécurité pour l'exploitation et la pérennité de l'entreprise grâce aux conditions personnelles et économiques du demandeur. Et cela bien que, au contraire de la Suisse, les dispositions de la République fédérale d'Allemagne obligent le Land Bade-Wurtemberg à veiller lui-même à une exploitation des cours d'eau dans l'intérêt public. Le Land Bade-Wurtemberg n'exige pas la délivrance d'une autorisation pour l'utilisation des forces hydrauliques, c'est-à-dire que l'autorité concédante du Land Bade-Wurtemberg dispose aussi d'une marge d'appréciation conforme au règlement lors de l'octroi d'un permis ou d'une autorisation.

Jusqu'à présent, les dispositions nationales de la France étaient aussi comparables avec celles de la Suisse. Toutefois, les concessions en cours devaient, sans exception, être octroyées au concessionnaire actuel en vertu d'une disposition légale expresse, c'est-à-dire que lors du renouvellement des concessions, toute concurrence était exclue. Après que la Commission européenne eut demandé à la CJCE, par plainte du 30 juillet 2008, de constater que concéder un privilège au concessionnaire actuel viole la clause de non-discrimination, la République française s'est soumise à la demande. Selon un communiqué de presse du Ministère de l'Énergie du 22

avril 2010, la France a donc l'intention de procéder à un appel d'offres public pour le renouvellement de dix concessions de droits d'eau sélectionnées.

6 Bases légales

6.1 Constitutionnalité et légalité

Pour ce qui est des réseaux électriques et des concessions y afférentes, la procédure et sa réglementation relèvent des compétences des cantons, à l'exception de l'autorisation de construire au sens de la LIE. Cependant, si la Confédération intervient dans les procédures cantonales (et communales) en imposant un appel d'offres par le biais de l'art. 2, al. 7 LIM, elle doit également être habilitée à assouplir ces exigences et à prévoir une dérogation (à l'obligation d'appel d'offres), respectivement une procédure non discriminatoire et transparente par voie de législation spéciale.

En principe, il en va de même pour les concessions de droits d'eau. Reste que dans ce domaine, le législateur a également attribué à la Confédération de larges compétences à titre de législateur général (cf. art. 76, al 2, Cst).

6.2 Forme de l'acte et délégation de compétences législatives

Comme les modifications sont modestes dans les deux textes de loi et que l'accent n'est mis sur aucun d'eux, il a été convenu d'opter pour un acte modificateur unique.

Les compétences liées à l'activité normative ne sont pas déléguées.