

Gilles Robert-Nicoud

Fourniture de base en électricité

Entre service public et protectionnisme

La Loi sur l'approvisionnement en électricité prévoit une ouverture du marché en deux étapes. Depuis 2009 seuls les grands consommateurs et les revendeurs ont pu bénéficier de réductions de prix. Les ménages et autres petits consommateurs demeurent soumis au monopole d'approvisionnement de base des gestionnaires de réseau locaux. Les principes de tarification adoptés par le Conseil fédéral autorisent un report sur ce groupe de clients des coûts de production d'entreprises affiliées. Une mesure de protection des consommateurs s'est transformée en un instrument de couverture du déficit d'entreprises électriques verticalement intégrées.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Droit de l'énergie et de l'environnement

Proposition de citation : Gilles Robert-Nicoud, Fourniture de base en électricité, in : Jusletter 12 novembre 2018

Table des matières

1. Préambule
2. Contexte historique
3. La LApEl, compromis politique
4. Le report du libre choix des petits consommateurs
5. Attribution des aires de desserte
6. Le monopole de l'approvisionnement de base
7. La régulation des tarifs de l'approvisionnement de base
8. Séparation des activités
9. Principe de couverture des coûts de la fourniture de base
10. L'Arrêt CKW/VonRoll
11. Les coûts d'approvisionnement et les coûts de gestion
12. L'adoption de l'art. 6 al. 5 bis LApEl
13. Conclusion

1. Préambule

[Rz 1] La Loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (LApEl) a 10 ans. L'approvisionnement des petits consommateurs, en particulier des ménages, est au centre de cette loi. Après une décennie d'expérience, il paraît intéressant de dresser un bilan de la fourniture à ce groupe de consommateurs.

2. Contexte historique

[Rz 2] L'ouverture du marché de l'électricité en Suisse s'inscrit dans un contexte de libéralisation internationale. L'objectif était d'empêcher l'isolement des installations de production et de leur assurer le libre accès au marché communautaire. D'autre part, les grands consommateurs industriels helvétiques devaient pouvoir lutter à armes égales avec leurs concurrents européens concernant le choix de leurs fournisseurs de courant, afin de bénéficier eux aussi de prix plus bas. En termes plus économiques, l'ouverture du marché devait *accroître le rendement par la concurrence*. Il s'agissait de dégager des *avantages macro-économiques* et d'en faire profiter à terme tous les groupes de consommateurs.¹

[Rz 3] La loi sur le marché de l'électricité (LME) a été adoptée par les Chambres fédérales en décembre 2000. Elle devait fixer les conditions de l'ouverture du marché en Suisse à réaliser dans un délai de 6 ans. Le référendum contre ce texte a abouti et le peuple a rejeté le projet le 22 septembre 2002.

[Rz 4] La question d'une éventuelle ouverture du marché au travers du droit de la concurrence a été évoquée de longue date.² Le Conseil fédéral jugeait toutefois que la libéralisation devait obéir à des règles claires et qu'il convenait d'éviter la résolution des problèmes à coup de décisions isolées de la Commission fédérale de la concurrence (ComCo) sur l'accès des tiers au réseau.³ Pour

¹ Message concernant la loi sur le marché de l'électricité du 7 juin 1999 (LME), FF 1999 6646, p. 6649.

² Dès l'année 2000, le Secrétariat de la ComCo a été saisi de plusieurs requêtes tendant à faire constater un abus de position dominante de gestionnaires de réseau refusant le changement de fournisseur de grands consommateurs (refus de transit).

³ Message LME (nbp 1), p. 6688.

cette raison, le Conseil fédéral préconisait l'adoption de dispositions de droit de la concurrence spécifiques au marché de l'électricité.

[Rz 5] Avant l'échec de la LME en votation populaire, le 5 mars 2001, la ComCo a constaté la position dominante d'un gestionnaire de réseau sur les marchés de la distribution régionale et suprarégionale et de la fourniture du courant électrique dans sa zone de distribution.⁴ L'autorité de la concurrence a retenu que, en ayant refusé de faire transiter l'électricité d'un fournisseur tiers sur son réseau pour l'approvisionnement des sites d'un grand consommateur, l'entreprise électrique en question avait abusé et continuait d'abuser de sa position dominante au sens de l'art. 7 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart). Le Tribunal fédéral confirma cette décision par arrêt du 17 juin 2003.⁵ Ainsi, le marché de l'électricité était ouvert en 2003, sans cadre réglementaire, avec des risques possibles pour la sécurité d'approvisionnement et le service public.⁶ Le black-out survenu en Italie le 28 septembre 2003 devait rappeler l'importance de la régulation du secteur.

[Rz 6] A la suite de plusieurs interventions parlementaires visant à garantir la sécurité d'approvisionnement, le Conseil fédéral a présenté un projet de Loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (LApEl) le 3 décembre 2004.

3. La LApEl, compromis politique

[Rz 7] La LApEl a pour objectif de créer les conditions propres à assurer un approvisionnement en électricité sûr ainsi qu'un marché de l'électricité axé sur la concurrence. Elle fixe également les conditions générales pour garantir dans toutes les parties du pays un approvisionnement en électricité fiable et conforme aux principes du développement durable de même que pour maintenir et renforcer la compétitivité du secteur suisse de l'électricité sur le plan international (art. 1 LApEl).

[Rz 8] La nouvelle loi entendait tirer les enseignements du rejet de la LME en votation populaire. Une large consultation a été menée. Le projet visait à concilier les intérêts de l'économie, de la branche électrique et des consommateurs, en particulier des ménages. La LApEl est le fruit d'un compromis qui a permis son adoption sans référendum.

[Rz 9] Le rythme de l'ouverture a été l'un des sujets les plus débattus aux Chambres. Le législateur a finalement opté pour une libéralisation en deux séquences. Contrairement à la LME, l'ouverture intégrale du marché n'était pas automatique. Dans un premier temps (2009–2012 inclus), seuls les grands consommateurs et les revendeurs pouvaient choisir librement leur fournisseur.⁷

⁴ DPC/RPW 2001, p. 255.

⁵ ATF 129 II 497.

⁶ Message LME (nbp 1) p. 6688 ; Message relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité du 3 décembre 2004 (LApEl), FF 2005 1493, pp. 1499 et 1509.

⁷ La Loi sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007 (LApEl ; RS 734.7) distingue trois groupes de consommateurs finaux : les consommateurs captifs (dont les ménages), qui consomment moins de 100 MWh/année et qui n'ont pas un droit d'accès au réseau, mais une prétention à un approvisionnement de base (art. 6 al. 1 et 2 LApEl) ; les consommateurs qui consomment plus de 100 MWh/année, mais qui ont renoncé au droit d'accès au réseau et qui disposent de ce fait de la garantie de l'approvisionnement de base (art. 6 al. 1 LApEl) et les autres consommateurs qui consomment plus de 100 MWh/année et qui bénéficient d'un accès libre au réseau, mais d'aucune garantie de l'approvisionnement de base.

L'ouverture à tous les autres consommateurs (clients dits captifs ou ici « petits consommateurs »)⁸, y compris les ménages, aurait pu être réalisée dès 2013 mais sous réserve d'un Arrêté fédéral soumis au référendum. La première période de libéralisation partielle était conçue comme une phase d'essai.⁹

[Rz 10] La technique législative est originale puisque le Parlement a d'ores et déjà prévu les modalités de la seconde étape de l'ouverture du marché qui ne devaient entrer en vigueur qu'une fois l'Arrêté fédéral adopté. Celui-ci pouvait ainsi se résumer à deux articles.¹⁰ En cas d'acceptation de la seconde phase de la libéralisation, les consommateurs dont la consommation était inférieure à 100 MWh par an et par site de consommation pourraient soit faire le choix d'un nouveau fournisseur, soit rester alimentés par le gestionnaire de réseau local à des normes de qualité reconnues et à des tarifs équitables (*modèle de l'approvisionnement en électricité garanti – MAG*).

[Rz 11] C'est le lieu de souligner que la Suisse compte un nombre élevé d'exploitants de réseaux locaux par rapport à la taille du pays (env. 650¹¹), lesquels sont pour l'essentiel en mains publiques.¹² Les pouvoirs publics en tirent des recettes conséquentes.¹³ Cela explique sans doute que le modèle suisse d'ouverture du marché et surtout l'application qui en a été faite soient très favorables aux entreprises distributrices.

[Rz 12] Dans l'hypothèse où la première phase de libéralisation n'aurait pas été concluante, le régime d'ouverture partielle aurait été maintenu. En pratique, la seule différence entre la première et la seconde étape tient dans le choix du fournisseur offert ou non aux petits consommateurs. Mais dans un cas comme dans l'autre ces consommateurs font l'objet d'une protection qui contraint le gestionnaire de réseau local à leur fournir en tout temps la quantité d'énergie qu'ils désirent à un niveau de qualité adéquat et à des tarifs équitables (fourniture de base). La terminologie d'ouverture intégrale ou de libéralisation totale ne reflète donc pas l'effet circonscrit de la seconde étape qui consiste uniquement à rendre aux petits consommateurs le libre choix de leur fournisseur, de la qualité de l'énergie consommée et des prix, qui leur a été donné en 2003 au travers du droit de la concurrence, puis retiré en 2007 avec la LApEl pour une période probatoire de cinq ans, soit jusqu'à la fin 2012.

4. Le report du libre choix des petits consommateurs

[Rz 13] Afin de parachever l'ouverture du marché, l'art. 34 al. 3 LApEl prévoit qu'un Arrêté fédéral sujet au référendum met en vigueur les art. 7 et 13 al. 3 let. b et abroge les art. 6, 13 al. 3

⁸ 99% des consommateurs représentant environ 50% de la consommation électrique intérieure (cf. ElCom, communication du 25 novembre 2013, « Le marché de l'électricité commence à jouer »).

⁹ Message LApEl (nbp 6), pp. 1494 et 1512; BO 2005 N 1054, 1056, 2006 N 1773.

¹⁰ Les art. 7 et 13 al. 3, let. b LApEl entrent en vigueur et les art. 6, 13 al. 3, let. a et 29 al. 1, let. a LApEl sont abrogés. Cf. projet d'Arrêté fédéral sur la deuxième étape de l'ouverture du marché de l'électricité mis en consultation le 8 octobre 2014.

¹¹ Dont environ 90% comptent moins de 10'000 consommateurs.

¹² 88,9% du capital des 336 entreprises électriques fournissant quelque 90% de la production totale d'électricité et couvrant 80,5% de la demande finale de courant est en mains publiques (cf. Statistique suisse de l'électricité 2017, p. 41).

¹³ Ernst & Young AG, Studie « Wirtschaftliche Situation von Schweizer Energieversorgungsunternehmen im Zeitverlauf », 3 novembre 2017.

let. a et 29 al. 1 let. a, cinq ans après l'entrée en vigueur de la loi, le 1^{er} janvier 2008.¹⁴ Le Conseil fédéral devait soumettre un Message au Parlement avec un projet d'Arrêté fédéral.¹⁵

[Rz 14] Le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) a présenté ce projet tardivement en octobre 2014 dans le cadre d'une procédure de consultation en vue d'une ouverture du marché le 1^{er} janvier 2018. Le rapport explicatif précise que « *les petits consommateurs finaux doivent désormais bénéficier eux aussi des avantages dont se prévalent les grands consommateurs en raison de leur libre accès au marché. L'ouverture complète du marché permet aux premiers de choisir des offres moins coûteuses, ce qui s'avérera surtout avantageux pour les consommateurs actuellement soumis à des tarifs énergétiques relativement élevés. En outre, les fournisseurs qui proposent des offres attractives reçoivent des opportunités d'écoulement rentables supplémentaires. Les distorsions de la concurrence sont éliminées, puisque tant les petites entreprises, en particulier, que les grands consommateurs peuvent choisir leurs fournisseurs d'électricité et qu'ils peuvent se faire livrer à des conditions éventuellement plus avantageuses après avoir comparé les offres du marché* ». ¹⁶

[Rz 15] Le 4 mai 2016, en raison des « avis divergents exprimés », le Conseil fédéral a communiqué qu'il souhaitait reporter *sine die* l'ouverture complète du marché de l'électricité. Le Conseil fédéral considère par ailleurs que le délai de cinq ans prévu à l'article 34 al. 3 LApEl ne le contraint pas directement à une mise en vigueur et que l'application de cette disposition incombe plutôt au Parlement.¹⁷ En soi, c'est exact mais le rôle du Conseil fédéral consiste à présenter un projet d'Arrêté fédéral, ce qu'il n'a pas fait. Dans l'intervalle, les consommateurs captifs demeurent privés du choix de leur fournisseur avec des conséquences économiques substantielles.¹⁸

5. Attribution des aires de desserte

[Rz 16] Le transport et la distribution d'électricité reposent sur le monopole naturel de l'exploitant. Comme il n'est pas souhaitable de multiplier les lignes pour des raisons économiques et de protection des paysages, ce monopole demeure même en cas de libéralisation. Le législateur a renoncé à introduire un monopole de droit sur les réseaux.

[Rz 17] Il appartient aux cantons de désigner les zones de desserte des gestionnaires de réseau opérant sur leur territoire. Cela a pour but d'éviter des régions dites orphelines. L'attribution d'une zone de desserte doit se faire de manière transparente et non-discriminatoire; elle peut être liée à un contrat de prestation destiné au gestionnaire de réseau (art. 5 al.1 LApEl).

[Rz 18] Cette disposition a été légèrement modifiée à compter du 1^{er} juillet 2012 afin d'exclure toute procédure d'appel d'offres au sens de l'art. 2 al. 7 de la Loi fédérale sur le mar-

¹⁴ Ordonnance concernant l'entrée en vigueur partielle de la loi sur l'approvisionnement en électricité du 28 novembre 2007 (RO 2007 6827; RS 734.7).

¹⁵ Message LApEl (nbp 6), p. 1550.

¹⁶ Arrêté fédéral sur la deuxième étape de l'ouverture du marché de l'électricité, rapport explicatif relatif au projet mis en consultation, p. 6, (dernière consultation le 16 octobre 2018).

¹⁷ Réponse du Conseil fédéral du 24 août 2016 à la question de Eric Nussbaumer « Article 34 de la loi sur l'approvisionnement en électricité. Respecter les règles de la bonne foi » (16.1027).

¹⁸ Une étude de Credit Suisse Monitor Schweiz de juin 2016 indique que le surcoût à charge des consommateurs captifs par rapport aux prix du marché est de l'ordre de 1 milliard par année. Ce différentiel s'est toutefois réduit avec la hausse des prix du marché depuis 2017.

ché intérieur (LMI).¹⁹ A l'appui de cette modification, le Rapport de la commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national (CEATE-N) du 21 février 2011 soulignait la distinction entre distribution (acheminement) et approvisionnement : « *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 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) ».*²⁰

[Rz 19] Ces considérations rappellent que les gestionnaires de réseau de distribution (GRD) ont trois types d'obligations :

[Rz 20] Obligation de raccorder : dans leur zone de desserte, les GRD sont tenus de raccorder au réseau électrique tous les consommateurs finaux se trouvant en zone à bâtir, les biens-fonds et les groupes d'habitations habitées à l'année situés en dehors de cette zone ainsi que tous les producteurs d'électricité (art. 5 al. 2 LApEl).

[Rz 21] Obligation d'exploiter le réseau de distribution : les GRD doivent pourvoir à un réseau sûr, performant et efficace, organiser l'utilisation du réseau et en assurer le réglage en tenant compte de l'interconnexion avec d'autres réseaux, assurer une réserve de capacité de réseau suffisante et élaborer les exigences techniques et les exigences d'exploitation minimales pour le fonctionnement du réseau (art. 8 al. 1 LApEl).

[Rz 22] Obligation de vendre (ou de contracter) : les GRD prennent les mesures requises pour pouvoir fournir en tout temps aux consommateurs captifs et aux autres consommateurs finaux de leur zone de desserte qui ne font pas usage de leur droit d'accès au réseau la quantité d'électricité qu'ils désirent au niveau de qualité requis et à des tarifs équitables (art. 6 al. 1 LApEl).

[Rz 23] Les deux premières obligations sont propres à la régulation du monopole naturel sur le réseau électrique (*Third Party Access*). La loi évoque les « gestionnaires » (*Betreiber, gestori*) et non les propriétaires du réseau mais l'intention du législateur était de maintenir dans la mesure du possible les conditions actuelles de propriété des réseaux.²¹ La question qui nous intéresse ici est celle de l'obligation de vendre l'énergie aux consommateurs de l'approvisionnement de base.

¹⁹ Initiative parlementaire « Pas de bureaucratie inutile dans le domaine des réseaux électriques », rapport de la CEATE-N du 21 février 2011, FF 2011 2711, p. 2715.

²⁰ FF 2011 2711 (nbp 19), p. 2715.

²¹ Message LApEl (nbp 6), p. 1528.

6. Le monopole de l'approvisionnement de base

[Rz 24] L'attribution d'une aire de desserte emporte de par la loi une obligation d'approvisionnement de base à charge du GRD.²² Les consommateurs captifs sont obligatoirement alimentés par le distributeur local. Certes, pour le Tribunal fédéral et certains auteurs, il n'existe pas de monopole car tout consommateur peut choisir d'autoproduire l'électricité nécessaire à ses besoins.²³ Il ne s'agit cependant pas d'un produit comparable. Le réseau électrique maillé de 50 hertz permet l'équilibrage en temps réel des écarts entre production et consommation au sein d'une même zone. Les coûts et les risques sont mutualisés, de sorte que la même sécurité de fourniture serait excessivement onéreuse pour un auto-producteur sans accès au réseau. Le client captif qui souhaite soutirer de l'énergie du réseau de distribution n'a pas le choix du fournisseur qui demeure le GRD. L'objet du monopole n'est pas la production électrique, qui est une entreprise à disposition de chacun, mais le soutirage du réseau de distribution interconnecté.

[Rz 25] Pour s'en convaincre, il faut rappeler que pour éviter une libéralisation désordonnée suite à l'échec de la LME, plusieurs cantons ont institué un monopole de droit de la fourniture d'électricité.²⁴ Ces monopoles avaient exactement les mêmes effets que l'actuel art. 6 al. 6 LApEl, soit empêcher des consommateurs d'accéder à d'autres offres que celles du distributeur local. Le Tribunal fédéral s'est penché sur le monopole de droit genevois.²⁵ L'existence d'un tel monopole n'a aucunement été déniée au motif que les consommateurs pourraient produire leur propre électricité. Plus prosaïquement, on peut ajouter que la renonciation individuelle au sel n'entraîne pas la fin de la régle ou, pour citer KATRIN S. FÖHSE²⁶, que le compostage ne fait pas disparaître un monopole de droit de l'enlèvement des ordures ménagères.

[Rz 26] Un monopole de droit existe lorsqu'une règle constitutionnelle ou légale confère à l'Etat le droit exclusif d'exercer une activité déterminée. L'Etat peut alors exercer cette activité lui-même ou en confier l'exploitation à un ou des tiers par concession(s). On distingue d'une part les monopoles de droit directs qui interdisent une activité économique aux tiers et d'autre part les monopoles de droit indirects qui n'interdisent pas l'exercice de l'activité en question mais imposent le recours aux prestations de l'Etat ou du concessionnaire.²⁷ Dans la mesure où l'obligation de fournir l'approvisionnement de base emporte également le droit exclusif de fournir l'énergie électrique de réseau, il s'agit d'un monopole indirect de droit fédéral.²⁸ Ce monopole ne découle pas d'une concession de fourniture mais de l'attribution d'une aire de desserte.

²² Art. 6 al 1 LApEl (sous le titre « obligation de fourniture et tarification pour consommateurs captifs »).

²³ ATF 141 II 141, consid. 4.4 ; STEFAN RECHSTEINER/MICHAEL WALDNER, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben, in : AJP/PJA 2007, p. 1291.

²⁴ A titre exemplaire : Fribourg, Loi sur l'approvisionnement en énergie électrique du 11 septembre 2003 (art. 14) ; Neuchâtel, Loi sur l'approvisionnement en énergie électrique du 1^{er} septembre 2004 ; Vaud, Décret sur le secteur électrique du 5 avril 2005.

²⁵ ATF 132 I 282.

²⁶ KATHRIN S. FÖHSE, Die Leiden der jungen Strommarktordnung – aktuelle Probleme des StromVG unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Netzgebietszuteilung und Grundversorgung, in : Recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 3/15, p. 141.

²⁷ ULRICH HÄFELIN/GREGOR MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6ème édition, Zurich/St-Gall 2010, N. 2557 ; RICCARDO JAGMETTI, Energierecht, Bâle 2005, N 2425 ss ; ALLEN FUCHS/MISCHA MORGENBESSER, Besteht eine Ausschreibungspflicht für Erteilung von Verteilernetzkonzessionen ?, in : AJP/PJA 2007, p. 1100 ; FÖHSE (nbp 26), p. 140 ; ATF 123 II 359 consid. 5 b.

²⁸ FÖHSE (nbp 26), p. 141.

[Rz 27] L'obligation de fourniture oblige les GRD à intervenir sur un autre marché que celui de la distribution avec des risques associés. Pour fournir l'énergie aux consommateurs de l'approvisionnement de base, les GRD doivent acquérir celle-ci par des contrats à terme ou au comptant (livraison le jour-même ou le lendemain), en bourse ou de gré à gré. La sophistication des produits est hors de portée d'un grand nombre des quelques 650 distributeurs suisses généralement actifs à l'échelon communal ou intercommunal. Il n'est pas rare que des GRD délèguent la fourniture de base à une autre entreprise électrique.

[Rz 28] A la fois l'attribution d'une aire de desserte au seul propriétaire du réseau de distribution et le monopole de droit de l'approvisionnement de base qui est son corollaire sont des effets du droit fédéral et les cantons ne disposent pas de marge de manœuvre à cet égard.²⁹ Le choix du bénéficiaire du monopole de l'approvisionnement de base ne se fait pas en considération des intérêts des consommateurs mais découle de la propriété du réseau de distribution qui est sans rapport avec la capacité des GRD d'approvisionner les clients captifs selon les exigences de la loi.

[Rz 29] La situation n'est donc pas idéale puisque des entreprises électriques locales peuvent se voir imposer un modèle économique et des risques en raison uniquement de leur propriété d'un réseau de distribution. Les GRD ne peuvent pas renoncer à l'approvisionnement de base et la deuxième étape de l'ouverture du marché n'y changera rien. Ces risques entrepreneuriaux liés à l'achat et à la revente de l'énergie sont ainsi *in fine* à la charge des réseaux de distribution ce qui n'est pas judicieux en termes de séparation des activités et surtout de sécurité d'approvisionnement. On pourrait penser que ces risques sont inexistantes puisque les GRD reportent les coûts d'achat de l'énergie sur les consommateurs de l'approvisionnement de base (clients captifs ou du MAG). Cependant tous les coûts d'approvisionnement ne sont pas imputables aux consommateurs, les tarifs devant être équitables. Par ailleurs, les GRD doivent procéder à des anticipations des besoins des consommateurs qui peuvent se révéler inexacts (baisse de consommation ou changements de fournisseur), conduisant à des pertes.

[Rz 30] Quant aux consommateurs captifs (ou dans le futur ceux du MAG), leur garant du service public est l'entreprise électrique qui détient le réseau de distribution mais qui n'est pas nécessairement qualifiée pour assurer des prix équitables. La loi ne précise pas quels types de produit les GRD doivent acquérir sur le marché pour en faire profiter l'approvisionnement de base. Il est toutefois un principe essentiel qui a été évoqué durant les débats aux Chambres, c'est celui de la stabilité de prix.³⁰ A ce jour, aucune autorité ne vérifie la stratégie de couverture des risques des clients captifs, de sorte que les GRD ne sont pas incités à faire des achats sur le long terme afin d'assurer la stabilité des tarifs de l'approvisionnement de base. Si les prix du marché devaient remonter, ce qui semble être la tendance actuelle, les clients captifs des GRD qui ne se sont pas couverts paieront leur électricité plus cher. A la décharge des GRD concernés, les incertitudes sur l'ouverture complète du marché ne permettent pas une planification à long terme.

7. La régulation des tarifs de l'approvisionnement de base

[Rz 31] Avant l'adoption de la LAPeI, les tarifs des entreprises électriques ne distinguaient pas les composantes réseau et énergie, ce qui permettait le subventionnement croisé d'un secteur à

²⁹ RECHSTEINER/WALDNER (nbp 23), p. 1290.

³⁰ BO 2005 N 1062 (Anne-Catherine Menétrey-Savary).

l'autre. La LApEl a imposé une facturation transparente qui doit distinguer le réseau, l'énergie et les taxes (art. 12 al. 2 LApEl).

[Rz 32] L'art. 6 LApEl exige que les tarifs de l'approvisionnement de base soient équitables (*angemessen, adequate*) (al. 1), uniformes et valables pour un an au moins pour les consommateurs captifs raccordés au même niveau de tension et présentant les mêmes caractéristiques de consommation (al. 3) et que le gestionnaire du réseau tienne une comptabilité par unité d'imputation pour la composante concernant la fourniture d'énergie (al. 4). Cette norme fonde une compétence fédérale en matière de tarification de l'approvisionnement de base qui exclut toute réglementation cantonale.³¹ La surveillance des tarifs incombe à la Commission fédérale de l'électricité ElCom.³² Contrairement à la tarification des réseaux, la loi se limite à un principe et ne définit pas ce qu'il faut entendre par l'adéquation des tarifs de l'approvisionnement de base.

[Rz 33] La seule norme légale susceptible d'éclairer le concept de tarifs équitables est l'art. 6 al. 5 LApEl. Cette disposition prévoit que les GRD sont tenus de répercuter proportionnellement sur les consommateurs captifs le bénéfice qu'ils tirent du libre accès au réseau. Elle s'explique par le fait que les GRD ont pu accéder librement au marché dès l'entrée en vigueur de la LApEl. Cela leur permettait de se séparer de leurs fournisseurs et de se procurer de l'énergie au meilleur prix sur le marché. Ils devaient toutefois faire profiter les clients captifs du bénéfice ainsi réalisé.³³ L'objectif était ainsi d'allouer aux clients captifs les avantages de la libéralisation même s'ils n'avaient pas d'accès direct au réseau.³⁴ Le Message du Conseil fédéral évoquait initialement uniquement les « ménages », mais cette norme a été étendue à tous les consommateurs de l'approvisionnement de base.³⁵

[Rz 34] Ce principe d'accès indirect des clients captifs au réseau est essentiel pour bien comprendre l'ouverture du marché telle que choisie par le législateur. Durant une première phase transitoire de cinq ans, les clients captifs demeuraient approvisionnés par leur distributeur local à des conditions régulées. Ils bénéficiaient à la fois de garanties de service public et des avantages de prix de la libéralisation. Cette favorisation s'explique par la nécessité d'une adhésion des ménages à ce modèle après l'échec de la LME en votation populaire.³⁶

[Rz 35] Si l'approvisionnement de base doit bénéficier des avantages de l'accès au réseau des GRD (donc de conditions d'approvisionnement plus favorables), cela signifie que les tarifs doivent refléter les prix du marché et qu'ils ne peuvent plus se baser sur des structures d'approvisionnement des anciens monopoles. La loi ne permet pas de contraindre les GRD verticalement intégrés à vendre leur production aux clients captifs à un prix inférieur aux prix du marché. A l'inverse, si les prix du marché sont plus avantageux que les coûts de production, ce sont les premiers qui doivent servir de référence. Il s'agit d'un plafond tarifaire : Les tarifs de l'approvisionnement

³¹ ATF 138 I 454, consid. 3.6.5.

³² Art. 22 al. 2 let. b LApEl.

³³ Message LApEl (nbp 6), p. 1530.

³⁴ BO 2005 N 1060 (André Reymond).

³⁵ BO 2005 N 1053 (proposition Steiner).

³⁶ Le Conseil national a adopté l'initiative parlementaire Speck 03.409 « Marché de l'électricité. Garantir l'approvisionnement » déposée le 21 mars 2003 qui proposait d'élaborer sans retard une loi concise réglant la sécurité de l'approvisionnement sur le marché de l'électricité. Les voies de droit devaient notamment assurer que les clients pourraient faire valoir leurs droits découlant de l'obligation d'approvisionner et surtout que les ménages ne seraient nullement désavantagés par rapport aux entreprises qui pourraient choisir leur fournisseur d'électricité.

de base ne doivent pas excéder les prix du marché.³⁷ C'est dans ce sens-là que l'ordonnance a été adoptée mais la chute des prix du marché a conduit à un changement fondamental des principes de tarification non pas dans l'intérêt des consommateurs mais dans celui des distributeurs avec de la production propre (cf. ch. 9 ci-dessous).

8. Séparation des activités

[Rz 36] Le principe d'*unbundling* (séparation des activités, *Entflechtung*) doit permettre d'assurer une exploitation sûre et un accès non discriminatoire au réseau. L'art. 10 LApEl prévoit que les entreprises d'approvisionnement en électricité doivent assurer l'indépendance de l'exploitation du réseau. Les subventions croisées entre l'exploitation du réseau et les autres secteurs d'activité sont interdites. Sous réserve des obligations de renseigner prévues par la loi, les informations économiques sensibles obtenues dans le cadre de l'exploitation des réseaux électriques doivent être traitées confidentiellement et ne pas être utilisées dans d'autres secteurs d'activité. Les entreprises d'approvisionnement en électricité doivent séparer au moins sur le plan comptable le secteur du réseau de distribution des autres secteurs d'activité.

[Rz 37] Les GRD doivent par ailleurs établir pour chaque réseau des comptes annuels et une comptabilité analytique, distincts de ceux des autres secteurs d'activité. La comptabilité analytique doit être présentée à l'ElCom chaque année (art. 11 al. 1 LApEl). L'obligation de tenir une comptabilité analytique 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 consommateurs de l'approvisionnement de base.³⁸

[Rz 38] Contrairement au réseau de transport³⁹, la LApEl a renoncé à exiger une séparation juridique des GRD 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 aurait été très difficile à contrôler.⁴⁰

[Rz 39] Ce principe d'*unbundling* est également connu en droit communautaire. En Europe, depuis le 1^{er} juillet 2007, la séparation juridique et fonctionnelle des gestionnaires de réseau de distribution est obligatoire. Il s'agit d'empêcher les GRD de profiter de leur éventuelle intégration verticale pour favoriser leur position concurrentielle sur le marché, notamment à l'égard des clients résidentiels et des petits clients non résidentiels.⁴¹ Les GRD doivent s'abstenir de toute discrimination entre les utilisateurs du réseau ou des catégories d'utilisateurs du réseau, notamment en faveur de leurs entreprises liées.⁴² Chaque GRD se procure l'énergie qu'il utilise pour couvrir les pertes d'énergie et maintenir une capacité de réserve dans son réseau selon des procédures transparentes, non discriminatoires et reposant sur les règles du marché, lorsqu'il est

³⁷ ATF 138 I 454, consid. 3.6.3.

³⁸ Message LApEl (nbp 6), p. 1530.

³⁹ Réseau électrique qui sert au transport d'électricité sur de grandes distances à l'intérieur du pays ainsi qu'à l'interconnexion avec les réseaux étrangers ; il est généralement exploité à 220/380 kV.

⁴⁰ Message LApEl (nbp 6), p. 1533.

⁴¹ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE.

⁴² Art. 25 al. 2 Directive (nbp 41).

chargé de cette fonction. Lorsque le GRD fait partie d'une entreprise verticalement intégrée, il est indépendant, au moins sur le plan de la forme juridique, de l'organisation et de la prise de décision, des autres activités non liées à la distribution.

[Rz 40] Chaque Etat membre peut choisir de ne pas appliquer les exigences en termes de dissociation juridique aux entreprises intégrées d'électricité qui approvisionnent moins de 100'000 clients connectés ou approvisionnent de petits réseaux isolés, mais les principes de non-discrimination et l'interdiction de la favoritisation d'entreprises liées persistent dans tous les cas.

[Rz 41] En contraignant les GRD à fournir l'approvisionnement de base et en instituant un monopole de droit de la fourniture aux petits consommateurs, la Suisse a fait un choix résolument différent du droit européen. La décennie écoulée démontre que les risques que le droit européen entend prévenir dans l'intérêt des consommateurs se sont traduits en Suisse par une discrimination et des surcoûts à charge des ménages et des PME.

9. Principe de couverture des coûts de la fourniture de base

[Rz 42] Faute de concurrence dans les réseaux, il revient à la loi d'empêcher les abus, par l'interdiction des subventionnements croisés entre domaines d'activité (art. 10 al. 1 LApEl) et par le principe de couverture des coûts (art. 15 al. 1 LApEl).

[Rz 43] Selon le premier principe, le pouvoir de marché résultant de l'exploitation de réseau ne doit pas 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.⁴³

[Rz 44] Le second principe garantit le recouvrement des coûts imputables du réseau auprès des consommateurs mais limite également la rémunération du gestionnaire à hauteur de ces coûts assortis d'un bénéfice approprié. La rémunération pour l'utilisation du réseau ne doit pas dépasser la somme des coûts imputables et des redevances et prestations fournies aux collectivités publiques. Cette méthode a nécessité des arbitrages pour fixer la valeur des réseaux ainsi que le taux de rendements des capitaux investis (WACC) qui est déterminé annuellement par le DETEC.⁴⁴

[Rz 45] S'agissant de la vente d'énergie à l'approvisionnement de base, il n'existe aucune disposition légale en matière de tarification autre que celles des prix équitables et du report des avantages de la libéralisation déjà évoquées. Le siège de la matière est l'art. 4 al. 1 de l'Ordonnance sur l'approvisionnement en électricité du 14 mars 2008 (OApEl), lequel prévoyait jusqu'en 2013 que la composante tarifaire due pour la fourniture d'énergie aux consommateurs finaux avec approvisionnement de base se fondait sur les coûts de production d'une exploitation efficace et sur les contrats d'achat à long terme du GRD. Si les coûts de production dépassaient les prix du marché, la composante tarifaire s'appuyait sur les prix du marché. Cette dernière phrase avait toute son importance car elle permettait à la fois aux clients captifs de bénéficier de la stabilité des coûts de production qui, au moment de l'adoption de l'ordonnance, étaient inférieurs aux prix du marché et de surcroît, dans le sens de l'art. 6 al. 5 LApEl, de profiter d'une éventuelle baisse des prix

⁴³ Message LApEl (nbp 6), p. 1533.

⁴⁴ Art. 13 al. 3 bis OApEl.

du marché. Cette disposition constituait une protection tarifaire d'un groupe de consommateurs privé du libre choix du fournisseur.

[Rz 46] On peut néanmoins s'étonner de la référence aux coûts de production car cela contredit le principe d'interdiction des subventionnements croisés entre domaines d'activité.⁴⁵ Mais plus que cela, l'ElCom a cessé d'appliquer le plafond tarifaire constitué par les prix du marché depuis 2012 et l'ordonnance a été amendée en 2013. Dans la procédure de consultation, l'administration fédérale n'a pas caché que le but de la modification était d'éviter des pertes financières aux entreprises électriques.

[Rz 47] Les tarifs des consommateurs captifs se sont désormais exclusivement fondés sur les coûts de production⁴⁶ et sur les contrats d'achat à long terme des GRD.⁴⁷ Entretemps, les prix du marché avaient chuté et le report des coûts de production sur les consommateurs captifs représentait non plus un avantage pour les clients concernés mais une couverture du déficit du secteur de la production de certains distributeurs verticalement intégrés.

[Rz 48] La référence aux coûts de production des GRD a conduit à un résultat en contradiction avec l'intention du législateur de faire bénéficier les clients captifs des avantages de la libéralisation. Le principe de couverture des coûts se justifie en raison du monopole de l'approvisionnement de base mais ces coûts ne sauraient être que ceux du domaine d'activité concerné (coût des achats d'électricité destinés à l'approvisionnement de base) et non ceux d'un autre secteur, soit la production, généralement de sociétés tierces, en Suisse ou à l'étranger, dans lesquels le groupe auquel appartient le GRD détient des participations.⁴⁸ La référence aux coûts de production revient à admettre qu'un distributeur doit faire profiter ses consommateurs captifs de son accès au réseau mais prive ceux-ci de cet avantage si le GRD entend couvrir le déficit de ses participations dans des sociétés de production électrique. Il y a là une inégalité de traitement des consommateurs captifs qui se reflète dans la carte des tarifs en Suisse.⁴⁹

[Rz 49] Cette modification de l'ordonnance, à laquelle les associations des consommateurs se sont opposées, a transformé une tarification fondée au maximum sur les prix du marché en un système de tarifs basés exclusivement sur les coûts de production, les contrats à long terme et les achats complémentaires sur le marché. Pour les consommateurs captifs de distributeurs avec de la production propre ce changement est survenu en temps inopportun puisqu'ils n'ont pu bénéficier de la baisse importante des prix du marché à compter de l'année 2012.

⁴⁵ L'OFEN devait en être conscient puisque dans le Rapport explicatif sur le projet d'OApEL, il indiquait que, le cas échéant, les investissements non amortissables ne devaient pas être pris en compte dans les coûts de production. Retrancher les investissements non amortissables des coûts de production constituait déjà une limitation du report des coûts de production sur les consommateurs captifs.

⁴⁶ Dans le cas où l'entreprise à laquelle le GRD appartient détient des ouvrages de production en direct ou au travers de participations.

⁴⁷ L'ElCom accepte également les achats complémentaires effectués sur le marché.

⁴⁸ L'intégration ou non de contrats à long terme avec l'étranger dans le portefeuille d'approvisionnement de base soulève également des questions juridiques non-résolues (cf. Arrêt ATAF du 28 juin 2018 – Repower AG).

⁴⁹ <https://www.prix-electricite.elcom.admin.ch>.

10. L'Arrêt CKW/VonRoll

[Rz 50] Le Tribunal fédéral s'est prononcé pour la première fois le 20 juillet 2016 sur des aspects essentiels de la tarification de l'approvisionnement de base.⁵⁰ Cette décision fait suite à la contestation par un distributeur verticalement intégré de la méthode du prix moyen (*Durchschnittspreismethode*) appliquée par l'ElCom à compter de 2015. Cette méthode consiste à additionner les coûts de production, les coûts des contrats à long terme et les achats sur le marché pour en déduire un prix moyen du portefeuille du distributeur qui, ventilé entre les groupes de consommateurs éligibles et captifs en fonction des volumes livrés, sert de plafond pour les tarifs de l'approvisionnement de base. En d'autres termes, cette méthode évite que des GRD affectent systématiquement leurs coûts les plus élevés à l'approvisionnement de base et fassent bénéficier leurs seuls clients éligibles des baisses des prix du marché. Le Tribunal fédéral a donné raison à l'ElCom et validé la méthode du prix moyen.

[Rz 51] Le Tribunal fédéral a fondé son raisonnement sur l'art. 6 al. 5 LApEl et l'allocation proportionnelle des prix avantageux du marché, mais il n'a pas examiné la légitimité d'un transfert des coûts du secteur de la production soumis à la concurrence à l'approvisionnement de base monopolistique. Le Tribunal fédéral considère (de façon sibylline) que l'art. 4 al. 1 OApEl est dépourvu de base légale, l'art. 30 al. 2 LApEl ne permettant pas d'étendre, de modifier ou de compléter les dispositions de la loi (consid. 5.2.7.1). Le Tribunal fédéral salue le fait que l'ElCom n'ait pas appliqué la dernière phrase de cet article de l'ordonnance dans sa version antérieure à 2013 mais n'est cependant pas allé jusqu'au bout du raisonnement qui aurait conduit à la fin du report du déficit des distributeurs verticalement intégrés sur les consommateurs captifs.

[Rz 52] Les juges fédéraux ont sans doute pensé bien faire en protégeant les distributeurs et ce qu'ils considèrent comme la sécurité d'approvisionnement.⁵¹ L'inconvénient est qu'actuellement seule une partie du déficit de la production indigène est couverte par l'approvisionnement de base.⁵² En maintenant les subventionnements croisés au détriment des consommateurs captifs, le Tribunal fédéral, même s'il réduit le surcoût grâce à la méthode du prix moyen, entérine une inégalité de traitement que le législateur a précisément souhaité prévenir. L'approvisionnement de base est un mécanisme de protection des consommateurs captifs et non un instrument de subventionnement de la production électrique qui incomberait, qui plus est, aux seuls consommateurs captifs et qui soutiendrait n'importe quelles sources de production, en Suisse comme à l'étranger, y compris les plus dommageables en termes environnementaux.

⁵⁰ Arrêts du Tribunal Fédéral 2C_681/2015 et 2C_682/2015 du 20 juillet 2016 (Centralschweizerische Kraftwerke AG/VonRoll casting AG).

⁵¹ Le raisonnement du Tribunal fédéral est le suivant : si l'ElCom avait appliqué le plafond des prix du marché, les GRD dont les coûts de production sont supérieurs aux prix du marché auraient subi des pertes systématiques dans l'approvisionnement de base. Cela conduirait inévitablement à l'insolvabilité ou à la faillite des distributeurs concernés et aurait pour conséquence qu'aucune installation de production nouvelle ne serait construite. De telles conséquences, qui auraient un impact conséquent sur la sécurité d'approvisionnement et la politique énergétique dans son ensemble, sont si importantes qu'il revient formellement au législateur d'en décider et elles ne sauraient découler d'une ordonnance.

⁵² Selon un rapport de l'OFEN du 29 janvier 2018 « Rentabilität der Schweizer Wasserkraft, Resultate einer Datenumfrage bei Betreibern von Schweizer Wasserkraftwerken im Auftrag der UREK-N », une part de 50% des coûts de la production hydroélectrique indigène est affectée à l'approvisionnement de base (avec un rendement des fonds propres de MCHF 265 par an ou 1,61 ct./kWh), le solde de 50% est exposé au marché et génère des pertes de MCHF 311 par an (ou MCHF 201 avec le soutien de la prime de marché du 1^{er} janvier 2018 au 31 décembre 2022). L'analyse se base sur les prix du marché pour les années 2011 à 2016. L'augmentation des prix du marché depuis lors permet une réduction significative de ce déficit sans qu'il soit toutefois possible de déterminer si cette tendance haussière est durable.

[Rz 53] Le raisonnement du Tribunal fédéral est également contradictoire puisque plus haut (consid. 5.2.6) les juges fédéraux retiennent que la méthode du prix moyen de l'ElCom peut conduire à des pertes des GRD sur les clients éligibles. Le Tribunal fédéral n'y voit là qu'une conséquence de la systématique de la loi et ne s'en alarme pas au nom de la sécurité d'approvisionnement. Or, il s'agit du même déficit, soit un coût de production plus élevé que les prix du marché.

[Rz 54] Cette jurisprudence est en opposition avec un précédent arrêt du Tribunal fédéral de 2012.⁵³ Pour éclairer celui-ci, rappelons que, depuis le 1^{er} janvier 2009, les GRD sont tenus de reprendre sous une forme adaptée au réseau et de rétribuer les énergies fossiles et renouvelables produites dans leur zone de desserte, sauf l'électricité issue de centrales hydrauliques de plus de 10 MW de puissance (art. 7 et 7 a de l'ancienne Loi sur l'énergie du 26 juin 1998 – aLEne). L'obligation de reprise à charge des réseaux se fonde sur les prix d'une énergie équivalente pratiqués sur le marché (art. 7 b aLEne). Un système de soutien spécifique a été adopté pour les nouvelles énergies renouvelables (photovoltaïque, géothermie, énergie éolienne, force hydraulique jusqu'à 10 MW, biomasse et déchets) dont la rémunération financée par la rétribution à prix coûtant (RPC) (aujourd'hui rétribution de l'injection) se fonde sur les coûts de production de référence.

[Rz 55] Une contestation est née au sujet des coûts de reprise de l'énergie par un distributeur du fait d'une disposition de droit cantonal. Le Tribunal fédéral a retenu que la LApEl ne permet pas de faire supporter aux consommateurs des suppléments de coûts résultant d'une obligation de reprise de l'énergie à charge des GRD. Le soutien de la production indigène intervient exclusivement au travers de la RPC. Ce mode de subventionnement résulte pour le Tribunal fédéral d'un compromis entre des intérêts divergents, soit celui de la promotion des énergies renouvelables et celui de la limitation des coûts pour les consommateurs. Pour les installations qui ne bénéficient pas ou plus de la RPC, l'énergie est reprise au prix du marché. Un éventuel surcoût ne serait pas imputable aux consommateurs finaux et l'acquisition se ferait à perte pour les GRD.

[Rz 56] Ainsi, le prix d'acquisition payé par un GRD au-delà des prix du marché à une entreprise liée serait imputable aux consommateurs captifs, du moins partiellement (méthode du prix moyen), tandis qu'il ne le serait pas s'il s'agit d'un producteur tiers. Ce que des GRD pourraient légitimement refuser à des producteurs tiers, même d'énergie indigène renouvelable, ils pourraient le consentir, indépendamment du lieu de production et de la technologie, quand il s'agit de leurs propres entreprises liées. Il y a une incohérence entre ces décisions. Le Tribunal fédéral dans son arrêt de 2016 aurait dû retenir que, faute de base légale de l'art. 4 al. 1 OApEl, seuls les coûts équitables d'acquisition de l'énergie sur le marché sont imputables à l'approvisionnement de base.⁵⁴

11. Les coûts d'approvisionnement et les coûts de gestion

[Rz 57] Dès lors que le Conseil fédéral, avec l'adoption de l'art. 4 al. 1 OApEl, s'est écarté du principe d'accès indirect des consommateurs captifs au marché (art. 6 al. 5 LApEl), il a fallu fixer des règles d'imputabilité des coûts de production. Le risque d'abus que la référence aux prix

⁵³ ATF 138 I 454.

⁵⁴ Cf. également HEINZ LEITNER/ALEX ROTHENFLUH, Kommentar zum Energierecht, Band I, Bern 2016, ad. Art. 6 LApEl N 19.

du marché aurait permis de prévenir devait ainsi faire l'objet d'une intense régulation. L'ElCom a adopté une première directive 5/2008, une deuxième 3/2012 et une troisième 2/2018 pour définir ce qu'il faut entendre par coûts de production d'une exploitation efficace.

[Rz 58] A teneur de la première directive 5/2008, soit avant la modification de l'art. 4 al. 1 OApEl, l'OFEN calculait le plafond tarifaire constitué par le prix du marché, soit la moyenne, pondérée en fonction des volumes, des prix spot de l'électricité négociés quotidiennement en bourse pour le marché suisse. L'OFEN publiait ce prix tous les trois mois pour le trimestre en cours, sur la base des données Swissix du trimestre précédent. Le prix du marché communiqué par l'OFEN devait aussi servir de limite supérieure pour les coûts de production. Cette référence aux prix du marché était simple, prévisible et n'occasionnait pas de charge administrative excessive.

[Rz 59] A l'inverse, la référence aux coûts de production nécessitait une définition des coûts d'achat de l'énergie des centrales (énergie de pompage notamment), du matériel et prestations de tiers, des charges de personnel, de la rémunération des fonds de tiers, de la rémunération des fonds propres (bénéfice approprié), des amortissements et des autres charges d'exploitation (loyers, indemnités d'utilisation, leasing, conseils et prestations, assurances responsabilité civile, de patrimoine et de choses, coûts administratifs, impôts, autres taxes telles que redevance hydraulique et redevance de concession), des dépenses extraordinaires et des provisions pour risques d'exploitation.

[Rz 60] Le contrôle des coûts est limité par les moyens du régulateur (les seules centrales hydroélectriques de plus de 300 kW sont au nombre de 650). Ce système de report des coûts n'encourage pas la recherche de l'efficacité. L'ElCom ne vérifie pas non plus que les revenus de la flexibilité des centrales soient affectés aux consommateurs de l'approvisionnement de base qui en paient les coûts.

[Rz 61] L'ElCom a renoncé durant plusieurs années à fixer le taux de rémunération adéquate des actifs de production (WACC de la production) qui pouvait se fonder au maximum sur les coûts initiaux d'achat ou de construction.⁵⁵ Les GRD concernés ont appliqué divers taux.⁵⁶ Dix ans après sa première directive, le 10 avril 2018, l'ElCom a finalement décidé de fixer le WACC à compter de l'année 2009. Cette nouvelle pratique entraîne des incertitudes juridiques pour les GRD concernés.

[Rz 62] En sus des coûts de production et des autres coûts d'approvisionnement (contrats long terme et achats sur le marché), l'ElCom assure aux GRD de pouvoir répercuter des coûts de gestion (*Vertriebskosten*) avec un bénéfice sur les consommateurs de l'approvisionnement de base. Ces coûts de gestion comprennent notamment les activités de facturation et de service à la clientèle, d'autres activités spécifiques aux clients ainsi que le bénéfice résultant de la commercialisation de l'énergie. Du fait que ces coûts dépendraient avant tout du nombre de clients, l'ElCom a pris en considération, à des fins de comparaison, les coûts de gestion par consommateur final, donc par destinataire de facture.

[Rz 63] Le régulateur a adopté une règle dite des 95 francs dans les premières années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la LApEl afin de permettre « de manière simple » une évaluation des coûts

⁵⁵ Jusqu'en 2013 (inclus), l'ElCom a déterminé le WACC de la production par analogie au calcul du WACC du réseau. A partir de 2014, la formule de calcul du WACC du réseau a été modifiée, et il n'a plus été possible de calculer par analogie le WACC de la production en raison des écarts entre les paramètres.

⁵⁶ En 2012, l'ElCom a considéré un WACC de 6.09% comme approprié (décision partielle Forces Motrices de l'Avançon SA du 13 décembre 2012).

de gestion et du bénéfice des GRD pour la fourniture d'énergie à l'approvisionnement de base. Cette méthode repose sur une comparaison des coûts de gestion d'un panel de 61 distributeurs. La valeur médiane était de 74 francs par destinataire de factures. Cette valeur a été généreusement relevée par l'ElCom à 95 francs. En fait de méthode de calcul, il s'agit surtout d'une règle de priorisation des contrôles du régulateur. Ainsi, lorsqu'un GRD déclare des coûts par client final s'élevant au maximum à 95 francs, les coûts de gestion (bénéfice inclus) ne sont pas analysés par l'ElCom pour des questions de priorité. Si ces coûts dépassent ce seuil et qu'après un contrôle du régulateur, la somme des coûts de gestion et du bénéfice dépasse 150 francs, les coûts imputables de gestion sont ramenés à ce montant.

[Rz 64] Le 5 juillet 2018, l'ElCom a annoncé que les fichiers de comptabilité analytique (des GRD) montraient que la somme des coûts de gestion pour la fourniture d'énergie dans l'approvisionnement de base n'avait cessé de diminuer pour tous les GRD depuis l'introduction de la règle. En revanche, la somme des bénéfices présentés avait considérablement augmenté au cours de la même période. L'ElCom a décidé en conséquence d'abaisser les valeurs limites des coûts de gestion, sans quoi les tarifs de l'énergie ne seraient plus appropriés. Le nouveau calcul a conduit à des valeurs limites de 75 francs et de 120 francs. Même si l'ElCom considère que les coûts de gestion actuels ne sont plus appropriés, elle n'appliquera les nouvelles valeurs limites qu'à partir du 1^{er} janvier 2020.

[Rz 65] Dans l'arrêt CKW/VonRoll, le Tribunal fédéral a validé la règle des 95.- de l'ElCom, méthode cependant jugée très forfaitaire et simplifiée, qui autorise généreusement des structures de coûts différentes. Pour les juges fédéraux, la règle de l'ElCom est admissible même si d'autres méthodes sont envisageables.

[Rz 66] Cette méthode présente sans doute des avantages pour le régulateur en termes de charge administrative. Elle est également particulièrement favorable aux GRD en comparaison avec les niveaux de rémunération à l'étranger.⁵⁷ Cependant, cette méthode se base sur les coûts des GRD. Or, il n'existe pas de base légale autorisant un report des coûts internes effectifs sur l'approvisionnement de base. De plus, la facturation d'un prix forfaitaire par consommateur paraît peu conciliable avec le principe de la tarification par niveau de tension et caractéristiques de consommation (art. 6 al. 4 LApEl).⁵⁸ Les coûts de gestion sont ainsi les mêmes pour un studio et une PME alimentée en moyenne tension. Enfin, le principal reproche qui peut être fait à cette méthode, encore une fois généreuse pour les GRD, est qu'elle empêche une correcte allocation des coûts entre l'approvisionnement de base et les clients éligibles. Elle permet un subventionnement croisé des coûts d'acquisition de clients commerciaux par les consommateurs captifs.

[Rz 67] Selon l'art. 19 al. 1 OApEl, afin de vérifier les tarifs d'électricité, l'ElCom compare les niveaux d'efficacité des gestionnaires de réseau. Son appréciation intègre des valeurs de référence internationales. Il serait souhaitable que l'ElCom, dans l'intérêt des clients captifs, applique cette disposition et limite les coûts de gestion imputables à l'approvisionnement de base non pas par rapport aux coûts des GRD suisses les plus onéreux mais par rapport aux standards internationaux. Une telle limitation présenterait également l'avantage d'alléger le contrôle des coûts.

⁵⁷ Même s'il faut se garder des comparaisons les paramètres étant différents, selon une étude de Cap Gemini de 2011, le *cost to serve* par contrat de 30 fournisseurs de détail européens est de EUR 26.8 (cf. Cap Gemini Consulting, European Multi-Client Retail Utilities B2C Benchmark Key Findings from the 2011 edition, control costs and maintain customer satisfaction to be competitive and profitable when competition rises).

⁵⁸ Message LApEl (nbp 6), p. 1529.

L'ElCom est sans doute peu encline à changer une méthode validée (avec quelques réserves) par le Tribunal fédéral, mais il lui incombe de protéger les consommateurs de l'approvisionnement de base contre des tarifs qui ne seraient pas équitables (art. 22 al. 2 let. b LApEl).

12. L'adoption de l'art. 6 al. 5 bis LApEl

[Rz 68] L'arrêt CKW/VonRoll a entraîné une certaine inquiétude parmi les GRD dont les coûts de production sont en tout ou partie reportés sur les consommateurs captifs. Comme il n'est pas question d'augmenter les prix des clients éligibles dans un marché concurrentiel, ils couraient le risque de subir des pertes.

[Rz 69] La Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil des Etats (CEATE-E) a saisi l'occasion de l'examen de la Loi fédérale sur la transformation et l'extension des réseaux électriques (modification de la Loi sur les installations électriques et de la Loi sur l'approvisionnement en électricité) pour proposer de mettre fin à la méthode du prix moyen. La CEATE-E souhaitait purement et simplement supprimer l'art. 6 al. 5 LApEl (principe de l'accès indirect au marché des consommateurs captifs), ce que le Conseil des Etats a accepté. En revanche, le Conseil national ne voulait pas d'une pareille modification qui ne trouvait d'ailleurs pas sa place dans la Stratégie sur les réseaux électriques. Pour sortir de l'impasse qui devenait problématique en raison de l'urgence des besoins des réseaux⁵⁹, les Chambres sont parvenues à un consensus pour sauver la loi. Le texte finalement adopté limite tout d'abord les remboursements dus aux consommateurs captifs suite à l'arrêt CKW/VonRoll à une durée de cinq ans (art. 6 al. 5 nLApEl), ensuite le nouvel article 6 al. 5 bis prévoit :

[Rz 70] « *S'ils (i.e. : les gestionnaires d'un réseau de distribution) fournissent de l'électricité issue d'énergies renouvelables aux consommateurs captifs, ils peuvent prendre en compte dans leurs tarifs le coût de revient de cette électricité jusqu'à l'expiration de la prime de marché visée à l'art. 30 de la loi sur l'énergie sans être tenus de prendre en compte le bénéfice visé à l'alinéa 5. Ce droit n'est applicable que pour l'électricité provenant de capacités de production indigènes, déduction faite des mesures de soutien. Le Conseil fédéral fixe les modalités et peut prévoir des exceptions* ».

[Rz 71] Cette disposition signifie qu'en dérogation à la méthode du prix moyen, les GRD peuvent, jusqu'au 31 décembre 2022, intégralement faire supporter aux consommateurs captifs le coût de leur propre production indigène renouvelable, depuis plusieurs années plus élevé que les prix du marché.⁶⁰ Il s'agit d'une entorse sévère au principe d'accès indirect au marché des consommateurs captifs. Ce texte a par ailleurs été adopté sans consultation ni analyse du surcoût, dans le cadre d'un projet de loi sans rapport avec la tarification de l'énergie et dans la crainte d'un blocage qui aurait pu conduire à des conséquences fâcheuses pour les réseaux.

[Rz 72] Ce principe de protection tarifaire des consommateurs captifs avait déjà été partiellement battu en brèche par la révision de la Loi fédérale sur l'énergie acceptée par le peuple le 21 mai 2017 (Stratégie énergétique 2050). En relation avec la prime de marché rétribuant l'élec-

⁵⁹ Cf. communiqué de presse de Swissgrid SA du 13 novembre 2017 « des divergences entre le Conseil national et le Conseil des Etats sur les mesures et la formation des prix, c'est-à-dire sur des sujets du projet sans aucun lien avec les dispositions essentielles d'optimisation du réseau électrique menacent actuellement le projet dans son ensemble ».

⁶⁰ Ou des contrats d'achat d'énergie renouvelable indigène.

tricité produite par les grandes installations hydroélectriques, l'art. 31 al. 3 nLEne permet aux GRD avec de la production propre de tenir compte des coûts de production dans les tarifs de l'approvisionnement de base. Cette disposition était toutefois sujette à interprétation en ce qui concernait notamment l'application de la méthode du prix moyen et n'avait pas été décrite dans les explications du Conseil fédéral en vue de la votation populaire du 21 mai 2017. L'adoption de l'art. 6 al. 5bis LApEl a permis de clarifier la situation juridique au profit des distributeurs avec de la production propre.

13. Conclusion

[Rz 73] La première étape de l'ouverture du marché a été qualifiée par un parlementaire d'« expérience pédagogique ».⁶¹ Des voix s'étaient exprimées au Parlement pour mettre en garde contre un subventionnement des clients du marché libre par les captifs.⁶² Ce qui n'a pas été anticipé est que ce préjudice ne découlerait pas de l'accès au marché des grands clients mais du maintien des petits consommateurs dans un monopole dont les principes de tarification ont évolué d'un modèle protecteur vers un système protectionniste des distributeurs et de leurs propriétaires, essentiellement des collectivités publiques. A cet égard, les dix ans écoulés ont effectivement une vertu pédagogique. Il est dans l'ordre des choses qu'une entreprise monopolistique simultanément active dans un marché soumis à une forte concurrence tente d'imputer ses coûts aux clients captifs. Elle y sera d'ailleurs d'autant plus encouragée si le régulateur a des moyens limités et qu'elle a le soutien de collectivités publiques à même de faire évoluer le cadre législatif si par malchance la jurisprudence devait lui être contraire.

[Rz 74] Même si le prix payé par les consommateurs captifs est lourd, cette décennie d'expérience aura eu le mérite de démontrer que la réunion sur un seul acteur de tâches relevant du monopole des réseaux, de l'approvisionnement de base et de la vente sur le marché libre est une source de risques et nécessite une surveillance intense. Le modèle suisse de l'approvisionnement de base par le distributeur local a montré ses limites. Le législateur fédéral n'était sans doute pas conscient que ce modèle créait un monopole de droit de la fourniture à 99% des consommateurs⁶³ et que les cantons n'avaient aucune marge de manœuvre quant au choix de l'entreprise monopolistique. La propriété d'un réseau de distribution n'est pas un gage de qualité de la fourniture à des tarifs équitables.

[Rz 75] La tentation de subventionnements croisés et d'exploitation d'informations du réseau ainsi que surtout l'avantage concurrentiel du GRD demeureront en cas d'ouverture intégrale du marché telle que prévue par la loi. Le secteur électrique se caractérise en effet par une forte inertie des petits consommateurs qui ont généralement peu d'intérêt au changement de fournisseur. Le fournisseur par défaut (fournisseur en l'absence d'autre choix du consommateur) se voit doté d'une large clientèle fidèle et peu sensible aux prix. Si, comme le prévoit l'art. 7 LApEl, ce fournisseur par défaut dans le modèle de l'approvisionnement en électricité garanti est le GRD, il s'agira d'une favorisation considérable d'un acteur du marché qui nécessitera des efforts réglementaires

⁶¹ BO 2006 N 1773 (Christian Levrat).

⁶² BO 2005 N 1055, 1058, 1072 (« Il s'agit d'éviter que les petits clients soient les vaches à lait et qu'on exige d'eux des tarifs trop élevés pour subventionner ceux destinés aux gros consommateurs » – Roger Nordmann).

⁶³ 50% de la consommation.

pour éviter que les risques de distorsion de concurrence de la dernière décennie se traduisent à nouveau par des surcoûts pour les petits consommateurs. Le retard dans la restitution du libre choix du fournisseur est l'occasion de s'interroger sur la notion de fournisseur par défaut du modèle de l'approvisionnement en électricité garanti.

GILLES ROBERT-NICOUD, avocat, Head Legal Generation Alpiq. La présente contribution est un avis personnel de l'auteur et ne reflète pas la position d'Alpiq ou de ses participations.