

Mathieu Simona

La Loi fédérale sur l'énergie (LEne) du 30 septembre 2016

Le Parlement a adopté le 30 septembre 2016 la nouvelle Loi fédérale sur l'énergie (LEne). Cette loi a pour but de garantir une fourniture et une distribution de l'énergie qui soient à la fois économiques et respectueuses de l'environnement, objectifs généralement difficile à concilier. Les énergies renouvelables doivent y contribuer. Leur développement sera mieux encadré et les aides financières améliorées. La construction d'installations de production d'électricité d'origine renouvelable sera facilitée tant sur la forme (procédures raccourcies) que sur le fond (les énergies renouvelables étant élevées au rang d'intérêt national).

Catégories d'articles : Contributions

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

Proposition de citation : Mathieu Simona, La Loi fédérale sur l'énergie (LEne) du 30 septembre 2016, in : Jusletter 19 décembre 2016

Table des matières

1. La révision de la Loi sur l'énergie
2. Valeurs indicatives dans le renouvelable
3. La construction d'installations de production d'électricité
 - 3.1. L'intérêt national
 - 3.2. La procédure d'autorisation de construire
4. L'injection sur le réseau / le prix de reprise
 - 4.1. L'obligation de reprise
 - 4.2. La rétribution minimale
 - 4.3. La consommation propre
5. Les aides financières
 - 5.1. Le système actuel
 - 5.2. Le système de la rétribution de l'injection
 - 5.3. Les installations pouvant profiter de la prime d'injection
 - 5.4. Les exclusions par secteur
 - 5.4.1. Photovoltaïque
 - 5.4.2. Hydraulique
 - 5.4.3. Biomasse
 - 5.5. Contribution d'investissement
 - 5.6. Durée
 - 5.7. Le droit transitoire
 - 5.7.1. Exploitants qui touchent la RPC
 - 5.7.2. Exploitants qui ont reçu une décision positive, mais qui ne touchent pas encore la RPC
 - 5.7.3. Exploitants sur la liste d'attente
6. Les gros consommateurs

1. La révision de la Loi sur l'énergie

[Rz 1] Même si elle a été rejetée le 27 novembre 2016, l'initiative populaire fédérale du 16 décembre 2012 « *Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire (Initiative « Sortir du nucléaire »)* », qui visait à arrêter entre 2017 et 2029 les cinq réacteurs nucléaires suisses, aura eu le mérite d'accélérer le processus de révision de la stratégie énergétique de la Confédération.

[Rz 2] Le Conseil fédéral, qui était opposé à cette initiative mais souhaitait néanmoins préparer la sortie du nucléaire, a rédigé un contre-projet indirect en la forme d'une révision du droit de l'énergie, soit une révision complète de la Loi fédérale sur l'Énergie du 26 juin 1998 ainsi que la modification de certains articles d'autres lois fédérales (Loi sur le Tribunal fédéral ; LTF, Loi sur le CO₂ ; LCO₂, Loi sur l'énergie nucléaire ; LENu, etc.). Le projet de loi du Conseil fédéral et le message qui l'accompagne datent du 4 septembre 2013¹. Le Conseil National et le Conseil des Etats ont apporté de nombreuses modifications à ce projet entre 2014 et 2016, généralement en le rendant moins ambitieux du point de vue du recours aux énergies renouvelables. Le texte final a été adopté le 30 septembre 2016 et entrera en principe en vigueur le 1^{er} janvier 2018. Si le referendum lancé par l'UDC aboutit, le peuple suisse votera le 21 mai 2017 sur cet objet.

[Rz 3] La Loi sur l'énergie du 30 septembre 2016 (LEne)² représente l'aboutissement de ce que le Conseil fédéral a intitulé le « premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 ».

¹ FF 2013 6771.

² L'actuelle loi sur l'énergie (RS 730.0) date du 26 juin 1998 et continuera à s'appliquer jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi sur l'énergie du 30 septembre 2016. Dans le présent article, toute référence à la « LEne » concerne la Loi sur

D'autres « paquets de mesures » sont donc appelés à être adoptés pour assurer la transition énergétique. Il est notamment question de remplacer à l'horizon 2030 le système d'encouragement des énergies renouvelables par un système incitatif comprenant une taxe plus générale sur l'énergie. Ces mesures devraient également porter sur le stockage de l'énergie, thématique qui constitue la pierre angulaire de la transition énergétique. Si ce secteur ne connaît pas les avancées technologiques importantes que tout le monde anticipe, les objectifs de la Stratégie énergétique 2050 auront toutes les peines à être atteints.

[Rz 4] La LEne révisée interdit la construction de nouvelles centrales nucléaires (art. 12a de la Loi fédérale sur l'énergie nucléaire). Elle ne prévoit par contre aucune date pour la mise hors service des réacteurs existants, les règles prévues par l'ancien droit continuant à s'appliquer sans grande modification à cet égard. C'est ce qui distinguait l'initiative rejetée le 27 novembre 2016 de la LEne. Les centrales nucléaires pourraient donc continuer à être exploitées tant que la sûreté est assurée. Pour mémoire, 33.5% de la production électrique suisse était d'origine nucléaire en 2015. Ce pourcentage est inférieur aux années précédentes, vu les mises à l'arrêt prolongées de certains réacteurs pour des raisons techniques.

2. Valeurs indicatives dans le renouvelable

[Rz 5] L'art. 2 LEne fixe des valeurs indicatives pour le développement de l'électricité issue des énergies renouvelables³. De 2'831 GWh en 2015⁴, le Parlement vise 4'400 GWh en 2020, puis 11'400 GWh en 2035. Parler d'objectifs serait trop fort, dans la mesure où le Parlement a préféré utiliser le concept de *valeurs indicatives* plutôt que celui d'*objectifs de développement* proposé par le Conseil fédéral⁵. La nuance n'est pas anodine. La formulation retenue est en effet moins contraignante⁶. Par exemple, et même si le recours aux énergies renouvelables et leur développement deviennent avec cette nouvelle loi un intérêt national (art. 12 LEne), au même titre notamment que la protection du paysage, le retard éventuel pris par rapport à l'atteinte de valeurs indicatives plutôt que d'objectifs pèsera moins fort dans la balance lorsqu'il s'agira pour une autorité d'autoriser la construction d'une installation controversée. Mais la fixation de valeurs indicatives reste intéressante, dans la mesure où certaines installations pourraient, sous certaines conditions, se voir attacher un intérêt national si elles devaient contribuer de manière essentielle à atteindre ces valeurs (art. 13 al. 1 lit. a LEne); ces installations doivent en principe atteindre une certaine taille et importance pour pouvoir contrebalancer d'autres intérêts de rang national.

l'énergie du 30 septembre 2016; les expressions « ancien droit » et « LEne 1998 » désignent la loi sur l'énergie du 26 juin 1998.

³ La loi ne définit pas ce qu'on entend par « énergies renouvelables »; une définition est actuellement proposée à l'art. 1 lit. f OEnE : constituent des énergies renouvelables la force hydraulique, l'énergie solaire, la géothermie, la chaleur ambiante, l'énergie éolienne, l'énergie provenant de la biomasse et des déchets de la biomasse.

⁴ Dont 1'118.6 GWh dus aux installations photovoltaïques (contre 841 GWh en 2014, soit une augmentation annuelle de 33%); l'éolien, la biomasse et la géothermie se développent jusqu'ici à un rythme beaucoup plus lent (OFEN, *Statistique globale suisse de l'énergie 2015*, p. 37, 41–42; OFEN, *Schweizerische Statistik der erneuerbaren Energie Ausgabe 2015*, Bild 1.1, p. 2). En 2015, 2.6% de la production d'électricité de la Suisse était d'origine renouvelable, hydraulique et part renouvelable des déchets non comprise (OFEN, *Statistique suisse de l'électricité 2015*, Fig. 1); ce pourcentage atteint 4.5% si l'on inclut la part renouvelable des déchets (OFEN : *Schweizerische Statistik der erneuerbaren Energie Ausgabe 2015*, p. 6). Les valeurs indicatives de l'art. 2 LEne incluent la part renouvelable des déchets. Cette part comptait en 2015 pour environ 35% du mix.

⁵ FF 2013 6975.

⁶ BOCE 2015 p. 917 (intervention G. Theiler); BOCE 2015 p. 931 (intervention G. Theiler).

[Rz 6] Ces valeurs ont par ailleurs été revues à la baisse par rapport à celles proposées par le Conseil fédéral⁷ et le Conseil national⁸ (14'500 GWh en 2035) ou encore par la Minorité Girod⁹ (6'500 GWh en 2020, 20'500 GWh en 2035). En revanche, seule l'électricité d'origine renouvelable produite en Suisse est prise en compte. Il ne sera donc plus possible de prendre en considération une part d'électricité d'origine renouvelable produite à l'étranger, comme le permettait l'ancien droit par rapport aux précédents objectifs fixés¹⁰.

[Rz 7] Pour l'hydraulique, la valeur indicative retenue est de 37'400 GWh d'ici à 2035 (art. 2 al. 2 LEne)¹¹.

[Rz 8] Il faut bien sûr saluer la fixation de ces valeurs indicatives, la LEne aurait pu être plus ambitieuse du point de vue du développement des énergies renouvelables. Le potentiel, notamment dans le secteur photovoltaïque, est en effet très supérieur à ces valeurs¹². En définitive, l'augmentation prévue de la production d'électricité d'origine renouvelable représentera près de 10'000 GWh en 20 ans, ce qui excède à peine la production d'électricité de la centrale nucléaire de Gösgen. Il est toutefois permis d'espérer que le développement des énergies renouvelables dépassera les valeurs fixées par la loi. Cela ne sera vraisemblablement le cas que si les prix de l'électricité devaient sensiblement augmenter dans les années à venir.

[Rz 9] Le principal défi ne tient toutefois pas à l'augmentation de la production d'électricité d'origine renouvelable, mais à son intégration sur le réseau ainsi qu'à la gestion par Swissgrid et par les gestionnaires de réseaux de l'équilibre entre l'offre et la demande. L'électricité d'origine renouvelable est en effet produite de manière beaucoup plus décentralisée et aléatoire que l'électricité d'origine nucléaire et hydraulique.

[Rz 10] Des valeurs indicatives sont également fixées en matière de réduction de la consommation énergétique (art. 3 LEne), soit, par rapport au niveau de l'an 2000, une réduction de 16% d'ici à 2020 et 43% d'ici à 2035. En matière de consommation d'électricité, la réduction visée est plus faible (3% d'ici à 2020, 13% d'ici à 2035). Le potentiel de réduction est en effet beaucoup plus fort dans le domaine du pétrole (carburants routiers, mazout). Ici aussi, le projet du Conseil fédéral prévoyait la fixation d'*objectifs*. La Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national (CEATE-N), qui a procédé en 2014 à une première reformulation du projet de loi avant de le soumettre au Parlement, a toutefois préféré renoncer à la formulation d'*objectifs* de consommation au motif que les prévisions à si long terme n'étaient pas assez fiables pour permettre de fixer des objectifs¹³.

⁷ FF 2013 6975.

⁸ BOCN 2014 p. 2045 et BOCN 2016 p. 73.

⁹ BOCN 2014 p. 2045.

¹⁰ Art. 1 al. 3 de la LEne du 26 juin 1998 ; FF 2013 6771, p. 6873.

¹¹ Le potentiel de développement est ici très limité. En 2015, les centrales hydroélectriques suisses ont produit 37'190 GWh ; il s'agit de la production nette, après déduction des 2'296 GWh nécessaires au pompage-turbinage (OFEN, *Statistique globale suisse de l'énergie 2015*, p. 37). La valeur de 37'400 GWh prévue par l'art. 2 al. 2 LEne n'inclut pour le pompage-turbinage que la production provenant des débits naturels.

¹² A titre d'exemple, des projets pour un total de 6'550 GWh (dont environ 2'000 GWh pour le photovoltaïque et 2'100 GWh pour l'hydraulique) se trouvaient sur liste d'attente de la Fondation RPC au mois d'octobre 2016 (Fondation RPC, *Cockpit RPC, 3^e trimestre 2016, état au 3 octobre 2016*).

¹³ Communiqué de presse du 21 janvier 2014 de la CEATE-N.

3. La construction d'installations de production d'électricité

3.1. L'intérêt national

[Rz 11] L'utilisation des énergies renouvelables et leur développement revêtent un intérêt national (art. 12 al. 1^{er} LEne). Cette déclaration introduit de manière générale, et abstraite, l'importance accordée par la nouvelle LEne aux énergies renouvelables. Elle vise avant tout à faciliter la construction ou l'agrandissement d'installations de production d'électricité d'origine renouvelable, force hydraulique comprise. De nombreux projets se retrouvaient en effet bloqués dès lors que des intérêts d'intérêt supérieur entraient en considération, ce qui était en particulier le cas lorsque les lieux étaient inscrits à l'Inventaire fédéral des paysages (IFP). Or, les objets inscrits à l'IFP couvrent environ 1/5^e du territoire suisse. Dès lors qu'un projet qui touche un objet inscrit à l'IFP est d'intérêt national, une dérogation à la règle suivant laquelle cet objet doit être conservé intact (art. 6 Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage; LPN) sera possible (art. 12 al. 3 LEne). S'agissant des autres intérêts nationaux, et à plus forte raison cantonaux, l'intérêt national attaché à la réalisation du projet de construction devra être considéré par les autorités compétentes comme équivalent à ces autres intérêts, lors de la pesée des intérêts (art. 12 al. 3 LEne). Bien entendu, les autorités continueront à procéder à un examen au cas par cas de chaque projet, en évaluant toutes les circonstances du cas d'espèce. Leur pouvoir d'appréciation n'est donc pas touché et la contestation de la pesée d'intérêt en tant que telle devant les tribunaux restera limitée à l'arbitraire lorsque les lois de procédures cantonales ne leur permettent pas de revoir l'opportunité d'une décision (possibilité généralement exclue).

[Rz 12] Pour se voir attaché un intérêt national, les projets doivent atteindre une certaine taille et une certaine importance (art. 12 al. 2 LEne). La condition de la taille et de l'importance sont cumulatives. C'est le Conseil fédéral qui fixera ces valeurs dans son ordonnance d'application. La puissance de l'installation projetée jouera évidemment un rôle important. Mais elle ne saurait être déterminante à elle seule. D'autres circonstances devront également entrer en considération, telle la capacité de stockage¹⁴, la couverture de la puissance de pointe, la part de production hivernale¹⁵, les besoins de développement du réseau, etc. (art. 12 al. 5 LEne)¹⁶. Les producteurs qui parviendront à proposer des solutions innovantes dans le domaine de la conservation de l'énergie bénéficieront d'un avantage concurrentiel évident.

[Rz 13] Sont en premier lieu visés par ces valeurs seuils les installations hydroélectriques et les éoliennes (art. 12 al. 4 LEne). Le Conseil fédéral ne fixera des valeurs pour les autres technologies (en particulier le photovoltaïque) que si cela s'avère nécessaire. Cela ne signifie pas que tous ces projets, indépendamment de leur taille, se verront automatiquement conférer un intérêt national. Les autorités compétentes et les tribunaux bénéficient simplement d'un plus grand pouvoir d'appréciation à ce sujet.

¹⁴ Un défaut récurrent des énergies renouvelables étant la difficulté à assurer un flot de production continu, de sorte à être proche de la demande. De très grandes différences entre les saisons existent également, la Suisse produisant 20-30% d'électricité en plus durant l'été que durant l'hiver, alors qu'elle consomme 30-40% d'électricité en plus durant l'hiver (*Bulletins hebdomadaires de l'OFEN concernant la production et la consommation d'énergie électrique en Suisse*); d'où l'intérêt de favoriser les installations qui intégreront des solutions de conservation de l'énergie produites (par exemple batteries), dans la lignée des centrales de pompage-turbinage.

¹⁵ Si l'offre d'électricité produite en Suisse est supérieure à la demande en été, elle est déficitaire en hiver. Or, la Stratégie énergétique 2050 a également pour objectif d'améliorer l'indépendance énergétique de la Suisse, et donc de réduire sa dépendance aux importations.

¹⁶ FF 2013 6771, p. 6881.

[Rz 14] Dans cette limite, l'intérêt national est aussi bien reconnu aux projets de construction de nouvelles installations, qu'à l'extension ou la rénovation d'installations existantes. Plus généralement, l'intérêt national de ces installations n'est pas limité à des considérations d'aménagement du territoire ou de droit des constructions. Il devra être reconnu chaque fois qu'il y a lieu, les cas d'application mentionnés à l'art. 12 al. 3 LEne n'étant pas exhaustifs¹⁷.

[Rz 15] S'agissant des installations qui n'atteignent pas la taille et l'importance requise, la situation actuelle ne change pas. Leur réalisation reste possible si aucun intérêt divergeant ne s'y oppose, ou lorsque la pesée d'intérêt joue en leur faveur nonobstant l'atteinte à des intérêts divergents. Ces projets ne pourront simplement pas profiter du coup d'accélérateur accordé aux installations plus importantes.

[Rz 16] Enfin, l'art. 13 LEne permet d'attacher à une installation ou une centrale un intérêt national, quand bien-même celle-ci n'atteint pas la taille ou l'importance requise. Le Conseil fédéral en décide souverainement au cas par cas, pour autant que les conditions suivantes soient réunies : (a) le canton concerné doit en faire la demande et (b) l'installation ou la centrale doit contribuer de manière essentielle à atteindre les valeurs indicatives de développement fixées par l'art. 2 LEne.

3.2. La procédure d'autorisation de construire

[Rz 17] La LEne encourage le recours aux énergies renouvelables. La LEne améliore les conditions matérielles permettant l'admission de tels projets du point de vue du droit des constructions (ci-dessus chapitre 3.1) et prévoit des aides financières afin d'équilibrer les projets du point de vue financier (ci-dessous chapitre 5). A cela s'ajoute une troisième mesure, non moins importante : la LEne impose en effet aux cantons de prévoir des procédures d'autorisation de construire rapides pour la construction, l'agrandissement et la rénovation d'installations destinées à l'utilisation d'énergies renouvelables (art. 14 LEne).

[Rz 18] Un raccourcissement similaire des délais de procédure avait déjà été prévu lors de la révision de la Loi sur l'aménagement du territoire, en vigueur depuis le 1^{er} mai 2014, pour l'installation facilitée de panneaux solaires (art. 18a Loi sur l'aménagement du territoire ; LAT).

[Rz 19] Les cantons (et lorsqu'elles sont compétentes, les communes) devront donc modifier rapidement leur législation, ou du moins adopter des directives spécifiques pour le traitement des demandes d'autorisation de construire dans le domaine des énergies renouvelables (hydraulique comprise). A notre sens, cette obligation s'applique également au traitement des recours qui pourraient être déposés devant les juridictions administratives cantonales.

[Rz 20] Sur le plan fédéral, le Conseil fédéral désignera une unité administrative unique qui coordonnera les prises de position et procédures d'autorisation relevant de la Confédération (« guichet unique ») (art. 14 al. 4 LEne). Le Conseil fédéral ne créera pas un nouveau service *ad hoc*, mais confiera cette tâche à un office existant¹⁸. Par ailleurs, les commissions et services visés à l'art. 25 LPN devront, lorsqu'ils sont consultés, rendre leur préavis dans un délai de trois mois, faute de quoi l'autorité compétente pourra statuer sur la base du dossier (art. 14 al. 3 LEne).

¹⁷ FF 2013 6771, p. 6880.

¹⁸ FF 2013 6771, p. 6882.

[Rz 21] En tant qu'il concerne l'autorisation de construire une nouvelle installation de production d'électricité, le recours au Tribunal fédéral contre la décision de la juridiction administrative supérieure cantonale ne change pas. En revanche, l'adoption de la LEne entraîne la modification de l'art. 83 lit. w LTF. Dorénavant, le recours devant le Tribunal fédéral sera irrecevable contre les décisions en matière de droit de l'électricité qui concernent l'approbation des plans des installations électriques à courant fort et à courant faible et l'expropriation des droits nécessaires à la construction ou à l'exploitation de telles installations, si elles ne soulèvent pas de question juridique de principe. L'objectif affirmé est de faciliter la réalisation d'installations électriques nécessaires à un approvisionnement énergétique sûr, ce qui vise en premier lieu les lignes à haute tension¹⁹. Pour mémoire, le recourant qui dépose un tel recours en faisant valoir une question juridique de principe doit satisfaire à des exigences de motivation accrues (art. 42 al. 2 LTF).

[Rz 22] La procédure d'autorisation concernant les installations productrices d'électricité à partir d'énergie non-renouvelable²⁰ n'est pas modifiée par l'adoption de la LEne. Le Parlement n'a en particulier pas retenu la proposition du Conseil fédéral, qui souhaitait que les cantons s'assurent, avant d'autoriser la construction ou la transformation d'une centrale thermique à combustible fossile, qu'il ne soit pas possible de produire l'énergie souhaitée au moyen d'énergie renouvelable (art. 6 al. 2 du Projet de loi sur l'énergie)²¹. Suivant la proposition de la CEATE-N, le Parlement a biffé cet alinéa au motif qu'il était suffisamment improbable que la production envisagée puisse se faire au moyen d'énergie renouvelable²².

4. L'injection sur le réseau / le prix de reprise

4.1. L'obligation de reprise

[Rz 23] La loi garantit aux producteurs d'énergies renouvelables qu'ils trouveront un acheteur pour l'électricité produite, et ce à un prix correct. Les gestionnaires de réseaux sont en effet obligés d'acquérir, dans leur zone de desserte, l'électricité d'origine renouvelable (art. 15 al. 1^{er} lit. a LEne). Cette obligation s'applique également (pour la partie électricité uniquement, et non pour la chaleur) aux installations à couplage chaleur-force (installations CCF) qui sont alimentées totalement ou partiellement aux énergies fossiles, ainsi qu'au biogaz (art. 15 al. 1^{er} lit. a et b LEne). Sont par contre exclues les installations d'une capacité supérieure à 3 MW, respectivement 5'000 GWh/an (art. 15 al. 2 LEne), ainsi que celles bénéficiant de la rétribution de l'injection (art. 15 al. 4 LEne), dès lors que ces installations n'ont pas le même besoin de protection. L'idée est par ailleurs de stimuler de la sorte la concurrence entre les plus gros producteurs, en particulier du point de vue de l'innovation, en les poussant à proposer des solutions alignant au mieux l'injection d'électricité avec la consommation effective²³.

¹⁹ FF 2013 6771, p. 6915.

²⁰ Ce qui concerne essentiellement les centrales à gaz, y compris les centrales à cycle combiné.

²¹ FF 2013 6975, p. 6976.

²² BOCN 2014 p. 2047 et BOCN 2014 p. 2044 (Intervention R. Nordmann).

²³ FF 2013 6771, p. 6885.

[Rz 24] Le message ajoute que le Conseil fédéral reste libre d'ajouter des exigences minimales, par exemple de nature écologique et énergétique²⁴. Les bases légales pour le faire nous paraissent toutefois manquer.

[Rz 25] La loi instaure un filet de sécurité pour ces producteurs, dans la mesure où ils se trouvent généralement en position de faiblesse face aux gestionnaires de réseau. Cette disposition n'a toutefois pour vocation que de s'appliquer de manière subsidiaire, si les parties ne parviennent pas à s'entendre directement. Par ailleurs, les producteurs peuvent tout à fait choisir de vendre l'électricité produite sur le marché libre.

[Rz 26] La loi fixe ainsi une marche à suivre pour viser l'hypothèse où le producteur de réseau et le producteur ne parviendraient pas à s'entendre sur le prix (art. 15 al. 3 LEne). Les guidelines qui suivent ne s'appliquent donc pas si le producteur accepte un prix inférieur, et le contrat restera dans ce cas parfaitement valable. Pour l'électricité d'origine renouvelable, ce prix se fonde sur *les coûts que le gestionnaire aurait eu pour acquérir une énergie équivalente*. Pour l'électricité provenant d'installation chaleur-force, c'est le *prix du marché au moment de l'injection* qui est déterminant. Enfin, pour le biogaz, la rétribution est fonction du *prix que le gestionnaire devrait payer s'il l'achetait auprès d'un tiers*.

[Rz 27] Un mécanisme proche existait déjà dans l'ancien droit (art. 7a LEne 1998). Il était toutefois plus restrictif (une puissance minimale de 10kW était par exemple fixée pour le photovoltaïque, et la rétribution était différente).

[Rz 28] Il est par contre important de rappeler que l'art. 15 LEne ne règle que le contenu du contrat de vente d'électricité. Le producteur reste confronté aux autres problématiques, en particulier techniques, rencontrées en lien avec la vente de l'électricité, telles que le raccordement, l'accès au réseau et la forme sous laquelle l'électricité produite est injectée sur le réseau. L'art. 15 LEne ne confère aucun droit au producteur à ce sujet. Ces questions continuent à être réglées par la LApEl ainsi que par la LITC²⁵. Par ailleurs, le producteur devrait continuer à supporter les coûts de mise en place des lignes de desserte nécessaires jusqu'au point d'injection et les éventuels coûts de transformation requis, comme le prévoyait l'ancien droit (art. 2 al. 5 Ordonnance sur l'énergie; OEne).

4.2. La rétribution minimale

[Rz 29] Les principes applicables à la rétribution minimale de l'électricité d'origine renouvelable ont fait l'objet de plusieurs propositions, qu'il n'est pas inutile de rappeler :

1. L'ancien droit prévoyait une rétribution « *calculée d'après les coûts de production* ».
2. Le message du Conseil fédéral proposait une rétribution « *qui s'aligne sur le prix du marché à terme et prend en compte de manière adéquate, outre l'offre et la demande, les particularités de chaque type de production* ». Cette formule, inspirée de la pratique, se base sur le marché à terme (contrats de livraison d'électricité à long terme), le prix au moment effectif de l'injection (marché spot) n'étant pas un critère. Cette formule pouvait offrir un confort supérieur aux producteurs²⁶.

²⁴ FF 2013 6771, p. 6884.

²⁵ FF 2013 6771, p. 6883; voir par exemple art. 5 LApEl.

²⁶ FF 2013 6771, p. 6885.

3. Lors des premiers débats, le Conseil national a retenu le « *prix moyen suisse facturé pour l'énergie au client final* »²⁷. Il était prévu que le Conseil fédéral puisse différencier ce tarif pour chaque période de fourniture, soit typiquement de prévoir des tarifs jour/nuit et été/hiver. Ceci afin de s'aligner au mieux sur la consommation et de récompenser les installations qui injecteront de l'électricité lorsque la demande est plus forte. Par rapport au projet du Conseil fédéral, cette solution se voulait davantage conforme au marché²⁸. La CEATE-N était d'avis que cette formule était plus favorable aux énergies renouvelables²⁹, ce qui n'est toutefois exact que pour les producteurs capables d'injecter l'électricité au plus fort de la demande.
4. Le Conseil des Etats a préféré la notion d'« *économies de coûts du gestionnaire de réseau par rapport à l'acquisition d'une énergie équivalente* »³⁰. En d'autres termes, le gestionnaire de réseau doit payer au producteur le même prix que celui auquel il se procure le courant vendu à ses clients finaux³¹.
5. Les Conseils ont finalement trouvé un terrain d'entente avec la formule qui fait l'objet de l'art. 15 al. 3 LEne, soit les « *coûts que le gestionnaire de réseau aurait eu pour acquérir une énergie équivalente* »³². Cette formulation dit matériellement la même chose que celle proposée par le Conseil des Etats.

4.3. La consommation propre

[Rz 30] Les producteurs peuvent consommer, sur le lieu de production, tout ou partie de l'énergie qu'ils ont eux-mêmes produites (art. 16 LEne). Ce droit existe depuis le 1^{er} janvier 2014 déjà. Les gestionnaires de réseaux ne sauraient donc contraindre les producteurs à leur vendre tout ou partie de l'électricité produite, comme cela a pu se voir dans le passé. Il va par ailleurs de soi qu'aucune indemnisation pour l'utilisation du réseau (y compris la taxe de 2.3 ct/kWh pour le supplément du réseau) n'est payée sur la part de consommation propre.

[Rz 31] Le Parlement, à l'initiative de la CEATE-E, a complété le projet du Conseil fédéral en précisant que plusieurs propriétaires fonciers ayant la qualité de consommateur final se partageant un même lieu de production peuvent, à certaines conditions, se regrouper dans la perspective d'une consommation propre commune (art. 17 LEne)³³.

[Rz 32] L'OFEN a publié en décembre 2014 une directive concernant la consommation commune³⁴. Cette directive devrait rester applicable dans une large mesure. Le thème du regroupement dans le cadre de la consommation propre y est déjà abordé, même en l'absence de base légale spécifique. Un point important à rappeler est qu'il ne peut y avoir de consommation propre

²⁷ BOCN 2014 p. 2073.

²⁸ BOCN 2014 p. 2071 (Intervention R. Nordmann); Communiqué de presse de la CEATE-N du 2 avril 2014.

²⁹ BOCN 2016 p. 72.

³⁰ BOCE 2015 p. 946.

³¹ BOCN 2016 p. 72 (Intervention R. Nordmann)

³² BOCN 2016 p. 76, puis BOCE 2016 p. 276.

³³ Communiqué de presse de la CEATE-E du 20 août 2015; BOCE 2015 pp. 947-949 (notamment Intervention I. Bischofberger).

³⁴ OFEN : *Aide à l'exécution pour la mise en uvre de la consommation propre selon l'art. 7, al. 2bis et l'art 7a, al. 4bis, de la loi sur l'énergie (LEne; RS 730.0)*, version 1.1 de décembre 2014.

si le réseau du gestionnaire de réseau doit être utilisé entre le lieu de production et celui de consommation.

5. Les aides financières

5.1. Le système actuel

[Rz 33] Les prix actuels de l'électricité sont historiquement bas. Fluctuant entre 2 et 4 ct/kWh durant l'été 2016, ces prix mettent à mal la pérennité des installations de production d'électricité suisse. Aucun secteur n'est épargné. Même les centrales nucléaires produisent à perte. Le secteur hydro-électrique, dont les coûts de fonctionnement sont plus élevés, est particulièrement touché. Quant aux nouvelles énergies renouvelables, le prix de revient de l'électricité produite reste encore très supérieur au prix de base de l'électricité, avec des variations importantes selon les technologies. Même si de nombreux consommateurs acceptent de payer un prix supérieur pour l'électricité d'origine renouvelable, la différence est encore trop importante pour que ces technologies puissent se développer sans aides financières étatiques.

[Rz 34] Ces aides existent depuis longtemps. La rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) est l'instrument actuel à la disposition de la Confédération pour promouvoir les énergies renouvelables. Ce système a été introduit en 2009. Il a pour vocation de compenser la différence entre les coûts de production (calculés en fonction d'installations de référence) et le prix du marché. Les producteurs au bénéfice de la RPC touchent un montant forfaitaire pour chaque kWh injecté. L'aide est accordée pour une période de 10 à 25 ans, en fonction de la date de mise en service de l'installation et du type de technologie. Son montant est régulièrement réduit. En 2015, 11'290 installations bénéficiaient de la RPC³⁵. Ces installations ne pourraient exister sans la RPC, le prix de l'électricité ne permettant, en moyenne, que de couvrir 10 à 25% de leurs coûts³⁶. Le fonds RPC est alimenté par une taxe payée par tous les consommateurs d'électricité plafonnée par la loi à 1.5 ct/kWh (art. 15b al. 4 LEne 1998). Cette taxe s'élève actuellement à 1.3 ct/kWh (art. 3j OEne). Le Conseil fédéral l'augmentera à 1.5 ct/kWh au 1^{er} janvier 2017. A noter qu'il est possible depuis le 1^{er} janvier 2014 pour les exploitants de nouvelles installations photovoltaïques de moins de 30kW de bénéficier d'une rétribution unique (RU) correspondant à 30% au plus des coûts d'investissements.

[Rz 35] Le système actuel présente deux défauts.

[Rz 36] D'une part, les montants à disposition du fonds RPC sont largement insuffisants pour financer tous les projets annoncés. Ainsi, fin mai 2016, 37'600 projets d'installation se trouvaient sur la liste d'attente³⁷ et ne bénéficieront vraisemblablement jamais de la RPC. En janvier 2015, la Fondation RPC a revu sa gestion de la liste d'attente et a placé en tête de liste les installations (secteur photovoltaïque exclu) qui étaient déjà construites ou qui étaient prêtes à être construites. Soit 132 projets sur les 1'200 projets de la liste d'attente. 41 de ces projets ont ainsi pu bénéficier de la RPC en 2015. 27 installations en bénéficieront en 2016. Le contingent 2017 n'est pas encore fixé. Pour le secteur photovoltaïque, la Fondation RPC continue d'accorder la RPC en remontant

³⁵ Rapport annuel 2015 de la Fondation RPC, p. 15.

³⁶ Rapport annuel 2015 de la Fondation RPC, p. 8.

³⁷ Dont 36'400 projets photovoltaïques (OFEN, *Rétribution à prix coûtant, Information pour les responsables de projets d'installations de biomasse, énergie éolienne, petite hydraulique et géothermie*, version 2.0 du 29 juin 2016).

chronologiquement la liste d'attente. Ainsi, dès juillet 2016, ce sont les installations photovoltaïques annoncées avant le 8 novembre 2011 qui bénéficieront de la RPC (soit un maigre 3% des installations sur la liste d'attente).

[Rz 37] D'autre part, la rémunération forfaitaire actuelle ne pousse pas les producteurs à améliorer la technologie pour que l'injection d'électricité corresponde au plus près aux besoins du marché. Or, le développement du photovoltaïque et de l'éolien en particulier demeurera insatisfaisant tant qu'il ne s'accompagne pas de mesures permettant de rapprocher l'injection d'électricité sur le réseau de la demande effective.

[Rz 38] La nouvelle Loi sur l'Énergie présente de très belles avancées de ce point du vue.

5.2. Le système de la rétribution de l'injection

[Rz 39] Le chapitre 4 de la loi (art. 19 ss LEne) introduit le système dit de « rétribution de l'injection ». Son fonctionnement est proche de la RPC. Les producteurs au bénéfice de cette rétribution toucheront une « prime d'injection », qui correspond à la différence entre un montant fixe, le « taux de rétribution », et un montant variable, le « prix du marché de référence » (art. 21 al. 4 LEne). On entend par prix du marché de référence le prix du marché moyen (sur un marché reconnu, par exemple Swissix) calculé sur une période donnée (par exemple par mois). Les détails seront fixés par le Conseil fédéral de manière propre à chaque technologie (art. 23 LEne). Le taux de rétribution s'aligne pour sa part sur les coûts de revient des installations de référence au moment de la mise en service de l'installation. Sous réserve d'adaptations, justifiées par exemple par la baisse des coûts de production, il reste inchangé pendant toute la période pendant laquelle l'installation bénéficie du soutien financier de la Confédération (art. 22 LEne). A la différence du système actuel, il ne correspond pas nécessairement aux coûts de revient, mais pourrait être inférieur. Le taux de rétribution ne devrait toutefois pas être inférieur à 80% des coûts de revient³⁸. C'est le Conseil fédéral qui fixera les détails. Un effort financier plus important est donc demandé aux producteurs d'électricité au bénéfice de la prime d'injection. Avec pour corollaire qu'un nombre plus important d'installations pourront bénéficier de la prime d'injection. D'autant plus que le plafond du supplément sur le réseau sera augmenté à 2.3 ct/kWh (art. 35 al. 3 LEne) avec l'entrée en vigueur de cette loi. Le supplément devra même atteindre ce maximum au cours de l'année suivant l'entrée en vigueur de la loi et demeurer à ce niveau jusqu'à ce que les besoins de financement diminuent à la suite de l'expiration des mesures de soutien prévues par la loi (art. 72 al. 6 LEne).

[Rz 40] Avec ce système, les producteurs ont donc tout intérêt à vendre l'électricité produite au meilleur prix possible. Le prix réellement touché par la vente d'électricité n'a en effet pas d'incidence sur le montant de la prime d'injection, dès lors que cette dernière dépend d'une moyenne de prix sur une période donnée. La nouvelle LEne introduit donc en quelque sorte une prime à l'innovation, qui profitera aux producteurs qui parviennent à mieux contrôler l'heure ou le jour auquel l'électricité est injectée sur le réseau. A l'inverse, les producteurs qui injecteront leur électricité pendant les heures creuses seront pénalisés, dès lors que le prix touché sera en principe inférieur à la moyenne retenue pour la période en question.

³⁸ FF 2013 6771, p. 6891.

[Rz 41] Le système favorisera également les producteurs qui parviendront à intégrer une technologie qui permettra de conserver l'électricité sur une plus longue durée, de l'ordre de la saison. Le Conseil fédéral devra en effet fixer une période de calcul de la moyenne du prix de l'électricité plus longue lorsque la production d'électricité est mieux contrôlable dans le temps (art. 23 al. 2 LEne). Plus la moyenne couvre une longue période, plus les opportunités pour le producteur de vendre au-dessus de la moyenne seront importantes. Des possibilités de gains substantiels existent donc pour les investisseurs qui parviendront à innover dans le domaine de la conservation de l'électricité. La participation au système de la prime d'injection présente en revanche un risque qui lui est propre, s'agissant de la vente de l'électricité. Les exploitants vendent en effet eux-mêmes l'électricité sur le marché (art. 21 al. 1^{er} LEne) et ne bénéficient de ce fait pas de la garantie de reprise que les gestionnaires de réseaux doivent offrir aux producteurs d'énergies renouvelables qui ne participent pas à ce système (art. 15 al. 1 et 4 LEne).

5.3. Les installations pouvant profiter de la prime d'injection

[Rz 42] Seules les nouvelles installations peuvent participer au système de la prime d'injection (art. 19 al. 1^{er} LEne). On entend par installations nouvelles les installations mises en service après le 1^{er} janvier 2013 (art. 19 al. 3 LEne). L'agrandissement ou la rénovation d'installations existantes ne pourront pas profiter de la prime d'injection, contrairement à la situation qui prévalait jusqu'ici pour la RPC (art. 7a al. 1^{er}, dernière phrase, LEne 1998).

[Rz 43] La prime d'injection bénéficie aux producteurs d'électricité. Les réseaux thermiques ne peuvent donc pas en bénéficier. Ce domaine fait l'objet des articles 50 et 52 LEne, qui prévoient que la Confédération pourra soutenir des projets concernant l'utilisation des rejets de chaleur. Au moins 50% des contributions financières globales que la Confédération accorde chaque année aux cantons devront être affectées à la promotion de mesures prises par des personnes privées, y compris le raccordement aux réseaux existants de chauffage à distance et de chauffage de proximité.

[Rz 44] La prime d'injection concerne l'électricité issue de l'énergie hydraulique, solaire, éolienne et géothermique ainsi que l'énergie produite à partir de la biomasse (art. 19 al. 1^{er} LEne), pour autant qu'elles ne soient pas alimentées partiellement aux combustibles ou carburants fossiles (art. 19 al. 4 lit. e LEne). Cette exclusion ne devrait pas s'appliquer selon nous lorsque les combustibles ou carburants fossiles ne sont prévus que pour pallier au risque de panne de tout ou partie de l'installation.

[Rz 45] Seules les installations situées en Suisse sont par ailleurs concernées par la prime d'injection, comme d'ailleurs par les contributions uniques d'investissements dont il est question ci-après. Il arrive pourtant fréquemment que des entreprises suisses participent à des projets à l'étranger dans le domaine des énergies renouvelables, ce qui s'explique tant par la haute valeur ajoutée que peuvent apporter ces entreprises que par la limitation des opportunités en Suisse. Jusqu'à présent, la Confédération ne pouvait pas accorder d'aides financières à de tels projets. A l'avenir, les installations pilotes et de démonstration implantées ou réalisées à l'étranger pourront être soutenues par la Confédération. Un tel soutien doit toutefois rester exceptionnel et n'est possible qu'à condition que ces projets génèrent une valeur ajoutée en Suisse (art. 49 al. 3 LEne). La

valeur ajoutée peut prendre plusieurs formes ; elle peut par exemple être de nature financière ou encore servir à améliorer les connaissances de l'industrie ou des hautes écoles³⁹.

5.4. Les exclusions par secteur

5.4.1. Photovoltaïque

[Rz 46] Les installations photovoltaïques d'une puissance inférieure à 30 kW ne bénéficient pas de la prime d'injection (art. 19 al. 4 lit. b LEne), mais de la contribution d'investissement prévue par le chapitre 5 de la loi (art. 24 ss LEne).

5.4.2. Hydraulique

- a. A moins qu'il ne s'agisse d'installations liées au réseau d'eau potable et eaux usées, les nouvelles installations d'une puissance inférieure à 1 MW ne bénéficient pas de la prime d'injection (art. 19 al. 4 lit. a LEne, art. 19 al. 5 LEne). Aucune autre forme d'aides financières n'est prévue pour ces installations. Le Conseil peut exempter dans certains cas certaines installations de cette limite inférieure (art. 19 al. 5 LEne).
- b. Les agrandissements et les rénovations notables d'installations d'une puissance supérieure à 300 kW peuvent par contre bénéficier d'une contribution unique à l'investissement, couvrant jusqu'à 60% des coûts (art. 24 al. 1^{er} lit. b ch. 2 LEne, art. 26 al. 1^{er} LEne).
- c. Les nouvelles installations d'une puissance supérieure à 10 MW ne bénéficient pas de la prime d'injection, mais d'une contribution d'investissement unique correspondant à 40% au plus des coûts (art. 24 al. 1^{er} lit. b ch. 1 LEne, art. 26 al. 1^{er} LEne). Pour ce secteur, dit de la grande hydraulique, le Parlement a par ailleurs introduit après d'intenses discussions une prime de marché rétribuant l'électricité vendue en dessous du prix de revient. Il était initialement prévu que cette prime de marché n'excéderait pas 1.0 ct/kWh⁴⁰, le Parlement a finalement renoncé à fixer un plafond dans la loi. Cette prime de marché concerne en premier lieu les centrales existantes, en particulier les barrages à accumulation.

5.4.3. Biomasse

[Rz 47] Les installations de combustion des déchets urbains (usines d'incinération des ordures ménagères) ainsi que les installations d'incinération des boues, les installations au gaz d'épuration et les installations au gaz de décharge ne bénéficient pas de la prime d'injection (art. 19 al. 4 lit. c et d LEne). Ces installations, y compris les agrandissements et rénovations notables de telles installations, bénéficient par contre d'une rétribution unique qui se monte à 20% au plus des coûts d'investissement (art. 24 al. 1^{er} lit. c LEne, art. 27 LEne).

³⁹ FF 2013 6771, p. 6905

⁴⁰ Communiqué de presse de la CEATE-N du 4 novembre 2015.

5.5. Contribution d'investissement

[Rz 48] Nous avons évoqué plus haut l'alternative prévue pour certaines installations en la forme d'une contribution d'investissement unique (art. 24 à 29 LEne). Cette contribution à l'investissement correspond à quelques détails près à la contribution unique (RU) introduite le 1^{er} janvier 2014. Elle ne concerne que certaines installations photovoltaïques, hydroélectriques et de biomasse, dans les limites mentionnées au chapitre 5.4 ci-dessus. En sont en particulier exclus l'éolien et la géothermie. L'éolien ne bénéficie pas d'autres aides que la prime d'injection, mais il participe sans limite à ce système. Pour la géothermie, le Parlement a prévu, en plus de la prime d'injection, des mesures de soutien particulières en la forme de contribution pour couvrir les coûts de prospection, et ensuite de garanties pour couvrir la réalisation d'installations. Ces contributions et garanties peuvent atteindre au plus 60% des coûts (art. 33 LEne).

[Rz 49] Les installations qui bénéficient de la contribution unique continuent de bénéficier de la garantie de reprise que doivent leur offrir les exploitants de réseaux (art. 15 LEne). Ainsi, ces producteurs bénéficient d'un débouché assuré. Ils n'en demeurent néanmoins pas moins libres de vendre l'électricité sur le marché.

[Rz 50] Comparé au système de rétribution de l'injection, le système de la rétribution unique fait porter une plus grande part de risque sur le producteur que celui de la prime d'injection, dans la mesure où il compense *in fine* une part plus faible de ses coûts de production. Il présente toutefois l'avantage évident que la liste d'attente devrait être beaucoup plus courte (il n'y a en l'état pas de véritable liste d'attente pour ce système qui existe depuis 2014). L'éventuelle augmentation du prix de l'électricité suite à la mise en service de l'installation profite par ailleurs pleinement au producteur, dès lors que la contribution est décollée des prix du marché. La plus-value écologique attachée à ce type d'électricité est en outre entièrement acquise au producteur.

5.6. Durée

[Rz 51] Le Conseil fédéral fixera dans la nouvelle ordonnance qu'il adoptera ces prochains mois la durée pendant laquelle les producteurs touchent la rétribution de l'injection, une fois qu'ils sont admis au système (art. 19 al. 7 LEne). Cette durée ne sera pas nécessairement la même pour toutes les technologies et sera en principe plus courte que ce qui prévalait pour la RPC (20 ans ou plus)⁴¹.

[Rz 52] La possibilité de bénéficier des mesures de soutien prévues par la LEne est par ailleurs limitée dans le temps. Ainsi, seuls pourront bénéficier du système de rétribution de l'injection les producteurs qui reçoivent une décision positive dans les 5 ans qui suivent l'entrée en vigueur de la loi (art. 38 al. 1^{er} lit. a LEne). Dès 2024⁴², plus aucune nouvelle installation n'intégrera ce système, et les besoins financiers du fonds diminueront à mesure que les aides allouées aux installations admises avant cette date prennent fin.

[Rz 53] S'agissant des contributions d'investissements⁴³ (art. 25 à 27 LEne), celles-ci ne pourront être octroyées que jusqu'au 31 décembre 2030 (art. 38 al. 1^{er} lit. b LEne).

⁴¹ FF 2013 6771, p. 6888.

⁴² Si la LEne entre comme prévu en vigueur le 1^{er} janvier 2018.

⁴³ Toujours appelée « rétribution unique » pour le photovoltaïque.

[Rz 54] Enfin, les primes de marché prévues pour la grande hydraulique à l'art. 30 LEne ne pourront plus être allouées⁴⁴ à partir du 1^{er} janvier de la sixième année suivant l'entrée en vigueur de la loi (art. 38 al. 2 LEne).

5.7. Le droit transitoire

5.7.1. Exploitants qui touchent la RPC

[Rz 55] La nouvelle loi n'a pas d'incidence pour les personnes qui, lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, bénéficient de la RPC. Ces personnes continueront d'en bénéficier, conformément à la décision rendue par Swissgrid. Le système RPC subsiste donc comme tel pour ces installations, notamment en ce qui concerne le montant de la rétribution versée et la durée. L'exploitation courante de ces installations est par contre régie par le nouveau droit (art. 72 al. 1^{er} LEne). Sont par exemple visés par cette formule les questions d'exigences minimales à observer ainsi que de la sortie du système RPC, y compris temporaire, prévues par l'art. 19 al. 7 lit. c et e LEne⁴⁵. Ces questions seront réglées par la nouvelle loi ainsi que la nouvelle ordonnance du Conseil fédéral, étant précisé que ce dernier pourra prévoir des dérogations. Les règles qui concernent la consommation propre (art. 16 LEne) s'appliquent également à ces producteurs. Par contre, il faut à notre sens exempter ces producteurs de l'obligation qui est imposée aux installations qui bénéficieront du système de la prime d'injection de commercialiser eux-mêmes l'électricité sur le marché (art. 21 al. 1^{er} LEne). Les producteurs qui touchent la RPC lors de l'entrée en vigueur de la LEne pourront donc continuer de bénéficier de la garantie de reprise par les gestionnaires de réseau prévues par l'art. 7a al. 1^{er} LEne 1998.

5.7.2. Exploitants qui ont reçu une décision positive, mais qui ne touchent pas encore la RPC

[Rz 56] Les exploitants qui seront au bénéfice lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi d'une décision positive leur garantissant l'octroi d'une rétribution, mais qui n'auront pas encore formellement touché la RPC, basculeront sur le système de la rétribution de l'injection (art. 72 al. 2 LEne). Le système de la RPC sera donc complètement abandonné pour ces installations. Des aménagements sont toutefois prévus, pour tenir compte du fait que le type d'installations admises au système de la rétribution de l'injection est plus restrictif que pour la RPC. Ainsi, les limitations prévues par la nouvelle loi aux nouvelles installations seulement ne s'appliquent pas. Les agrandissements et rénovations notables restent donc admis pour ces exploitants (art. 7a al. 1^{er} in fine LEne 1998). Seules les installations mises en service, agrandies ou rénovées avant le 1^{er} janvier 2006 (et non 1^{er} janvier 2013) sont écartées. Enfin, les exclusions prévues par l'art. 19 al. 4 LEne concernant les installations hydrauliques inférieures à 1 MW, les installations photovoltaïques inférieures à 30 kW et certaines installations de biomasse ne s'appliquent pas (art. 72 al. 2 LEne).

⁴⁴ C'est-à-dire effectivement payées, par opposition au système de la rétribution de l'injection pour lequel la limitation temporelle (art. 38 al. 1^{er} LEne) concerne la date jusqu'à laquelle une décision positive peut être rendue (le paiement intervenant ensuite pendant plusieurs années, y compris après la date d'expiration des mesures de soutien).

⁴⁵ FF 2013 6771, p. 6913.

L'ancienne loi excluait déjà la grande hydraulique (dès 10 MW) de la RPC, ce secteur n'est donc pas concerné.

[Rz 57] En revanche, les installations fonctionnant partiellement aux énergies fossiles ne pourront toucher ni la RPC ni la rétribution de l'injection, quand bien même une décision positive leur garantissant l'octroi d'une rétribution aurait par hypothèse été accordée pour de telles installations, ce que l'ancienne loi n'excluait pas expressément. Ce durcissement nous paraît incompatible avec la protection de la bonne foi et des droits acquis de ces exploitants, principe que rappelait pourtant justement le Conseil fédéral dans son message accompagnant le projet de loi en 2013⁴⁶. Au pire, ces exploitants devront donc recevoir un dédommagement.

5.7.3. Exploitants sur la liste d'attente

[Rz 58] Le système de la rétribution de l'injection règlera sans réserve et sans dérogation la situation des personnes qui, lors de l'entrée en vigueur de la loi, auront simplement reçu un avis selon lequel leur installation a été placée sur la liste d'attente (art. 72 al. 3 LEne). Peu importe que leur installation ait été mise en service avant l'entrée en vigueur de la loi. Ces personnes ne pourront donc pas participer au système de la rétribution de l'injection si les conditions de l'art. 19 LEne ne sont pas réunies, et ce quand bien même ils auraient pu participer au système de la RPC. Par contre, ces installations seront considérées comme nouvelles au sens de l'art. 19 LEne même si la date de mise en service est antérieure au 1^{er} janvier 2013 (art. 72 LEne), faute de quoi ils auraient été injustement désavantagés.

[Rz 59] L'art. 72 al. 3 in fine LEne précise que lorsque les conditions de l'art. 19 LEne ne sont pas réunies, les exploitants peuvent, en lieu et place de la rétribution à l'injection, bénéficier de la rétribution unique, respectivement des contributions d'investissement prévue par les art. 25 à 27 LEne. Il ne faut à notre sens pas conclure de cette formule un droit automatique pour toutes ces installations de pouvoir bénéficier des contributions financières uniques prévues par les art. 25 ss LEne. L'art. 72 al. 3 LEne ne fait que réserver aux personnes visées le droit de solliciter ces aides financières lorsque les conditions légales sont réalisées.

6. Les gros consommateurs

[Rz 60] Le supplément perçu sur le réseau est de 1.3 ct/kWh actuellement et sera porté à 2.3 ct/kWh lors de l'entrée en vigueur de la loi. Cette taxe peut représenter à elle seule un montant annuel se chiffrant en centaines de milliers, voire millions de francs pour les gros consommateurs d'électricité. Leur compétitivité est sérieusement atteinte.

[Rz 61] La loi prévoit par conséquent la possibilité pour certains gros consommateurs d'obtenir le remboursement de cette taxe. Les consommateurs finaux, dont les frais d'électricité dépassent 10% de la valeur ajoutée brute, peuvent obtenir le remboursement intégral du supplément payé (art. 39 al. 1^{er} LEne). Un remboursement partiel est prévu lorsque la proportion est comprise entre 5 et 10 % (art. 39 al. 2 LEne).

⁴⁶ FF 2013 6771, p. 6913.

[Rz 62] Sauf exception, les consommateurs finaux de droit public ainsi que ceux de droit privé qui assument principalement une tâche de droit public n'ont pas droit au remboursement (art. 39 al. 3 LEne).

[Rz 63] Pour avoir droit au remboursement, le consommateur doit avoir conclu, au plus tard durant l'année visée par la demande de remboursement, une convention d'objectifs avec la Confédération visant à accroître son efficacité énergétique (art. 40 et 41 LEne).

[Rz 64] L'ancien droit n'est donc que très peu modifié sur ce point. La directive de l'OFEN⁴⁷ ne devrait nécessiter que des adaptations limitées. La méthode de calcul concernant la valeur ajoutée brute devrait en particulier rester inchangée.

MATHIEU SIMONA est avocat auprès de BCCC Avocats Sàrl, à Genève et Lausanne. Il pratique notamment dans le domaine de l'énergie et de l'environnement. Il peut être joint au +4122 704 36 00 ou à simona@bcc.ch.

⁴⁷ OFEN : *Directives d'exécution, Remboursement du supplément réseau*, juin 2015, voir également art. 31 ss OEne.