

BKW Energie SA
Legal & Compliance
Viktoriaplatz 2
3013 Berne

www.bkw.ch

Recommandé

Service du développement territorial
Section de l'énergie
Rue des Moulins 2
2800 Delémont

Personne de contact
Jean-Luc Jolliet
Téléphone +41 79 292 17 18
jean-luc.jolliet@bkw.ch

Copie par courrier électronique à sde.sdt@jura.ch

Berne, le 22 avril 2021 JJL

Consultation Avant-projet LCApEI : prise de position de BKW

Monsieur le Chef de section,
Madame, Monsieur,

En date du 16 décembre 2020, le Gouvernement a ouvert la consultation publique sur l'avant-projet de loi cantonale sur l'approvisionnement en électricité (LCApEI). Nous apprécions la possibilité qui nous est offerte de nous exprimer en phase actuelle sur cette réglementation importante de notre domaine d'activité et vous en sommes gré. Le délai de réponse initial était fixé au 19 mars 2021. A notre demande de mi-février 2021, vos services nous ont accordé une prolongation du délai de réponse au 23 avril 2021, ce dont nous vous remercions. Veuillez trouver ci-après notre prise de position détaillée, que nous vous adressons au nom de BKW SA et de BKW Energie SA.

A| En bref

L'avant-projet LCApEI mis en consultation le 16 décembre 2020 par la République et Canton du Jura (RCJU) constitue une expropriation matérielle de BKW et de la Société des forces électriques de la Goule (SEG). BKW s'oppose fondamentalement à une telle expropriation. A l'exception de la désignation des zones de desserte, aucune mesure prévue par cet avant-projet n'est nécessaire pour répondre aux exigences de la Loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (LApEI). Au contraire, il viole des dispositions du droit de rang supérieur, en particulier des directives fédérales de la LApEI et la garantie de la propriété. De plus, le projet entraîne une hausse des prix et des redevances pour la population et en particulier l'économie jurassienne. Considérant la situation actuelle de propriété du réseau et les tâches exécutées par BKW, l'avant-projet de LCApEI introduirait de nouvelles interfaces et une complexité inédite dans le système d'approvisionnement en électricité du Canton du Jura.

Considérant le caractère fondamental et général des objections qu'elle oppose, BKW rejette en bloc le projet de LCApEI et appelle la RCJU au dialogue en vue de la mise en place d'une solution basée sur la situation actuelle améliorée et en adéquation au droit fédéral. Dans le même sens, les Communes pourraient envisager l'octroi de concessions communales dans un modèle leur offrant la flexibilité recherchée, à quoi BKW est désormais prête, et conforme au droit fédéral.

BKW salue cependant la volonté du Gouvernement de procéder à la désignation des zones de desserte exigée de la part des Cantons par la LApEI.

B| Position générale

1 BKW dans le contexte de la LCApEI

En tant que propriétaire et exploitant historique du plus grand réseau électrique jurassien¹, à tous niveaux de tension, BKW fournit à la population jurassienne plus de 80% de l'électricité qui lui est nécessaire. BKW remplit l'intégralité des fonctions nécessaires à l'approvisionnement en électricité du territoire cantonal. Principal producteur suisse d'électricité d'origines renouvelables², BKW offre à ses clients une palette complète de produits commerciaux orientés sur la durabilité et la réduction des émissions polluantes, à des prix concurrentiels et stables³. La fiabilité, la qualité et l'efficacité de l'exploitation des réseaux de BKW par BKW sont surveillées par l'organe de surveillance de la Confédération (ECom). L'étendue et la diversité des réseaux de BKW – premier distributeur d'électricité en Suisse – assure par ailleurs dans le cadre de la législation fédérale une solidarité tarifaire favorable aux régions rurales et montagnardes. Par le renforcement de son activité de prestations énergétiques et d'innovation technologique, BKW est également devenue au cours de la dernière décennie un acteur très important de la transition énergétique en Suisse, dont elle maîtrise pratiquement tous les métiers.

Avec environ 140 places de travail sur territoire cantonal, dont plus de la moitié sont liées au rôle de GRD, le groupe BKW est un employeur important et une entreprise formatrice de la République et Canton du Jura. Les recettes fiscales annuellement générées par l'activité de BKW et indirectement par les salaires qu'elle verse à ses collaborateurs jurassiens peuvent être estimées à plus de 2 MCHF. Pour assurer l'exploitation de ses réseaux, BKW mandate aussi des sous-traitants et entrepreneurs de la région; ce sont ainsi environ 5 MCHF qui sont injectés annuellement dans l'économie jurassienne. Par ailleurs, le groupe BKW contribue notablement au développement des nouvelles énergies renouvelables par le rachat aux producteurs indépendants d'environ 26 GWh pour environ 2 MCHF par année.

BKW est directement et lourdement impactée par le projet de LCApEI mis en consultation.

¹ Les réseaux de BKW et SEG (groupe BKW) couvrent en effet plus de 93% du territoire cantonal (à l'exception des territoires communaux des communes de Delémont, Develier, Courchapoix et Soulce) et, correspondant à environ 80% de la population.

² Par exemple, en projetant et réalisant la centrale photovoltaïque de Courgenay, BKW a contribué en 2016 à la réalisation en un seul pas de plus de la moitié des objectifs de la Conception cantonale de l'énergie en matière de grandes centrales photovoltaïques. Toujours en recherche de solutions de partenariat local, BKW a d'ailleurs réalisé cette centrale en partenariat avec EDJ, Energie du Jura SA, dans laquelle BKW participe à 41%. Au final, la centrale a été financée par BKW à hauteur d'environ 80%, auxquels s'ajoute un financement indirect d'environ 8% par l'intermédiaire de sa participation dans EDJ.

³ A qualité équivalente, les prix de l'énergie pratiqués par BKW sont tout à fait concurrentiels. Par la maîtrise de sa production, BKW est en mesure de proposer sur le long terme à ses clients une électricité d'origine renouvelable suisse à des prix indépendants des fluctuations du marché.

A ces titres divers, nous nous sentons donc d'une part particulièrement habilités par notre expertise et d'autre part obligés vis-à-vis des parties prenantes de notre entreprise d'exprimer ici sans concession notre position et nos questionnements fondés sur une analyse détaillée et objective de l'avant-projet de LCApEI.

2 La LCApEI n'est pas nécessaire en la forme proposée

2.1 L'intérêt public est protégé par la législation fédérale

Dans le contexte connu de libéralisation européenne et mondiale, l'approvisionnement en électricité a été profondément réglementé en Suisse dès le milieu des années 2000. Tirant les enseignements du rejet en 2002 du projet de loi sur le marché de l'électricité (LME), la Confédération s'est dotée dès 2007 d'instruments garantissant l'intérêt public (un approvisionnement sûr, performant et efficace), essentiellement : la Loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEI) et son ordonnance (OApEI). Cette norme légale règle entièrement l'approvisionnement électrique en Suisse. Elle mise principalement sur les acteurs économiques (propriétaires et exploitants de réseaux), sur l'activité desquels elle introduit un contrôle centralisé, détaillé et étendu par la Commission fédérale de l'Electricité ElCom. Elle associe les collectivités publiques à titre subsidiaire.

Ainsi, l'intérêt public en matière d'approvisionnement en électricité est intégralement défini par la LApEI et protégé par la surveillance de l'ElCom. Si le Canton estime que l'intérêt public jurassien doit être défendu au-delà du dispositif mis en place au niveau fédéral, il doit spécifier ces intérêts et en organiser les moyens de surveillance sans empiéter sur la réglementation existante. Les indices de référence (par exemple : qualité d'approvisionnement, coûts imputables, rendement du capital) fixés au niveau fédéral ne sauraient cependant être durcis par un Canton sans dédommagement correspondant des acteurs économiques impactés.

2.2 Les mesures prévues par le projet LCApEI ne sont pas nécessaires à la mise en conformité à la LApEI

La LApEI impose deux tâches aux Cantons : d'une part la désignation des zones de desserte des gestionnaires de réseaux opérant sur leurs territoires, éventuellement assortie de mandats complémentaires. D'autre part l'intervention en cas de différences tarifaires disproportionnées sur le territoire cantonal.

La désignation des zones de desserte (LApEI Art. 5) est un acte simple, recherchant une couverture extensive du territoire, dans le sens de l'intérêt public protégé par la LApEI, et non une redistribution des cartes de l'approvisionnement électrique. Elle peut en principe prendre la forme toute simple d'un arrêté gouvernemental ou, comme l'ont fait d'autres cantons, être objet d'une loi d'introduction précisant par exemple l'autorité cantonale responsable de l'attribution des zones de desserte, les voies de droit applicables voire certaines modalités cadres des mandats de prestations.

L'intervention des cantons sur les tarifs d'utilisation des réseaux (LApEI art 14 ch.4) n'est prévue que comme une mesure d'exception, réservée aux cas de différences tarifaires disproportionnées sur le territoire cantonal⁴. Elle n'ouvre cependant pas la porte à des mesures radicales telle l'expropriation, comme l'illustre la suite du même article : "Si ces mesures ne suffisent pas, le Conseil fédéral en prend d'autres. Il peut en particulier prévoir l'institution d'un fonds de compensation auquel tous les gestionnaires de réseau sont tenus de participer."

⁴ A l'exclusion évidente des écarts éventuellement constatés aux tarifs pratiqués par des gestionnaires de réseaux renonçant volontairement à une partie de leurs recettes légitimes en vertu de la LApEI.

2.3 La conformité à la LEn est établie depuis 2002

Un autre motif de légiférer allégué dans le rapport explicatif du projet de LCApEI nous interpelle : "La situation actuelle ne correspond plus aux intentions initiales. L'article 8 de la LEn n'est pas pleinement mis en œuvre."⁵. Nous comprenons ici comme "intentions initiales" la volonté exprimée par l'article 8 LEn de confier l'approvisionnement cantonal en électricité à une entreprise jurassienne à désigner par le Parlement.

Or cette volonté est précisément l'origine et la principale motivation des accords de 2002 entre la RCJU, BKW et EDJ, également évoqués par ledit rapport et en partie résiliés par la RCJU pour fin 2022⁶. C'est donc pour satisfaire auxdites intentions initiales, en considérant toutes les dimensions pertinentes en la matière (critères économique et sécuritaire, compétences et savoir-faire, implantation régionale, etc.) que les parties ont mis en place après plus de dix ans de réflexions et de négociations le modèle de délégation en cascade de la RCJU à EDJ et à BKW. Ce modèle a ainsi été reconnu en 2002 par la RCJU comme solution de satisfaction des "intentions initiales".

Le mandat de 2002 impose en particulier à BKW "d'assurer régulièrement l'approvisionnement du canton du Jura en électricité jusqu'à l'entrée en vigueur de nouvelles règles sur le marché de l'électricité dans le cadre légal applicable jusqu'ici, puis selon ces nouvelles règles, selon les mêmes principes que ceux qui prévalent dans le reste du territoire approvisionné par BKW (...)"⁷. La mention explicite du changement réglementaire à venir (la LApEI était encore inconnue à l'époque) et de l'obligation pour BKW de s'y plier témoigne de la volonté de pérenniser la solution d'un approvisionnement par BKW.

Or nous n'identifions aucun changement intervenu depuis lors qui puisse expliquer par un impact négatif sur le modèle alors instauré que la situation actuelle ne satisfasse plus aux "intentions initiales". Le principal changement en matière d'approvisionnement en électricité consiste en l'entrée en vigueur de la LApEI, au niveau fédéral, en 2007. Or, on l'a vu plus haut, cette loi renforce la sécurité de l'approvisionnement et en surveille la qualité et les coûts. Elle renforce donc le dispositif prévu par la Convention de mandat de 2002 en imposant au gestionnaire de réseau une surveillance stricte de ses activités et de ses tarifs par l'autorité fédérale de régulation. Ainsi, pour les collectivités et les consommateurs jurassiens, l'entrée en vigueur de la LApEI n'a pas dégradé la situation vécue depuis 2002 mais l'a au contraire sécurisée.

2.4 Le gestionnaire de réseau ne constitue pas un levier efficace de la politique énergétique

Les tâches du gestionnaire de réseau sont définies par la LApEI. Ces tâches visent à garantir un approvisionnement en électricité sûr, performant et efficace. Le gestionnaire de réseau, étroitement surveillé par l'EiCom, n'a pas la possibilité de fournir d'autres prestations dans le cadre de sa fonction de base. Les coûts de prestations supplémentaires (par exemple les coûts de mesures de politique énergétique) ne sont pas imputables dans les tarifs régulés du gestionnaire de réseau et doivent être rémunérés séparément à leur fournisseur. Cette fonction de prestataire est donc bien distincte de celle de gestionnaire de réseau, même si les deux fonctions peuvent être avantageusement offertes par une même entreprise. A noter que la révision en cours de la LApEI tend à inclure au rôle de gestionnaire de réseau des obligations favorisant la transition énergétique⁸, devenant dès lors inutiles dans des

⁵ Rapport en vue de la consultation LCApEI du 8 décembre 2020, haut de la page 3.

⁶ Convention de partenariat RCJU – BKW, Convention de mandat RCJU – BKW – EDJ, Convention d'actionnaires RCJU – BKW, toutes trois conventions du 30 octobre 2002. La Convention de mandat a été résiliée par la RCJU par courrier du 8 décembre 2020 pour la prochaine échéance conventionnelle du 31 décembre 2022.

⁷ Convention de mandat RCJU – EDJ – BKW du 30 octobre 2002, art. 3 ch. 2.

⁸ Révision LApEI art. 6: droit des consommateurs de l'approvisionnement de base à un produit d'origine renouvelable suisse.

législations ou réglementations cantonales. Le contrôle du gestionnaire de réseau par la collectivité publique n'apporte pas d'avantage en matière de politique énergétique.

Pour favoriser et surveiller la mise en œuvre de sa politique énergétique, la RCJU a besoin de services disponibles chez BKW. Aujourd'hui déjà, BKW fournit gratuitement des services de base à la RCJU, par exemple en mettant à sa disposition les données de consommation qu'elle exige, dans la mesure de la conformité au droit fédéral en matière de protection des données. Ces services de base sont directement liés au rôle de gestionnaire de réseau et peuvent être précisés dans un contrat de prestation prévu par la LApEI⁹. Cependant, dans son rôle de GRD et en tant que principal producteur d'électricité d'origine renouvelable en Suisse, BKW propose déjà volontairement à ses clients de l'approvisionnement de base une palette de produits d'origines renouvelables suisses. Par ailleurs, la production de nouvelles énergies renouvelables dans le Canton du Jura excède la demande (produit BKW green). L'envergure du réseau de BKW permet d'écouler cette production à une juste rémunération. Pour d'autres prestations complémentaires sortant du périmètre de fonction du gestionnaire de réseau, par exemple le conseil énergétique, BKW a également déjà proposé ses services et son expertise, seule ou en collaboration avec EDJ, dans le cadre de mandats distincts rémunérés.

2.5 Conclusion intermédiaire

Dès lors, dans ce contexte déjà très régulé et garant de l'intérêt public, nous rejetons l'avant-projet de LCApEI, les motifs invoqués par la RCJU n'étant pas pertinents.

3 La LCApEI n'est pas conforme au droit supérieur

3.1 La propriété est garantie par la Constitution

La garantie de la propriété est un droit fondamental ancré aussi bien dans la Constitution fédérale (art. 26) que dans la Constitution jurassienne (art. 12). Le propriétaire d'un bien ne peut être privé de ce bien ou de son usage qu'à des conditions bien définies, à savoir : l'existence d'une base légale spécifique suffisante, un intérêt public prépondérant, et le respect de la proportionnalité.

L'avant-projet LCApEI dépouille les propriétaires de réseaux BKW et SEG de l'usage de leur bien. Selon l'art. 18 de l'avant-projet LCApEI, BKW et SEG devraient en effet mettre leurs réseaux à disposition du GRD jurassien. BKW et SEG seraient ainsi réduites contre leur gré à un rôle de "nus-propriétaires"; elles ne pourraient plus librement disposer de leur bien, plus exploiter leurs réseaux aux fins qui ont motivé leur établissement. Cette situation rassemble les caractéristiques d'une expropriation matérielle sans toutefois en réunir toutes les conditions préalables citées plus haut. En effet :

- L'expropriation ne reposerait sur aucune base légale sinon la LCApEI que nous contestons ici.
- L'intérêt public en matière d'approvisionnement en électricité étant garanti et protégé au niveau fédéral, il n'existe ni nécessité ni possibilité pour un Canton d'introduire une réglementation plus contraignante. Les conditions de l'approvisionnement en électricité et en particulier de l'exploitation des réseaux électriques sont définies par la LApEI et contrôlées par la Confédération. Réserver le contrôle du gestionnaire de réseau à la collectivité publique n'apporterait aucune plus-value en termes d'intérêt public.
- La proportionnalité de la mesure d'expropriation ne nous apparaît pas non plus. Cette mesure n'est en effet pas nécessaire pour garantir l'intérêt public en matière d'approvisionnement électrique, à savoir un approvisionnement sûr, performant et

⁹ LApEI art. 5

efficace. Cette garantie est apportée par le droit fédéral. Si un GRD manque à ses obligations correspondantes, la LApEI prévoit de procéder par des sanctions et/ou des mesures de substitution¹⁰, mais non par une mise en concurrence.

Nous considérons donc que l'expropriation matérielle prévue par l'avant-projet LApEI serait abusive et non conforme au droit de rang supérieur.

3.2 Attribution des zones de desserte selon la LApEI aux exploitants historiques

La désignation des zones de desserte selon la LApEI ne peut ignorer les principes constitutionnels. Autant le message du Conseil fédéral que la jurisprudence le soulignent : l'attribution des zones de desserte doit respecter les régimes de propriété respectivement d'exploitation préexistants. Là encore, il en va du respect de la garantie de la propriété. La compétence des Cantons en la matière ne saurait être interprétée comme une porte ouverte à la redistribution des cartes de l'approvisionnement en électricité.

Dès les débuts de l'électrification, BKW a déjà assuré toutes les fonctions nécessaires à fournir à la population jurassienne l'électricité dont elle avait besoin, investissant dans le développement et la maintenance de l'infrastructure nécessaire. Nonobstant les évolutions politiques et réglementaires, BKW continue aujourd'hui encore de veiller à fournir à l'industrie, aux services, à l'agriculture et aux ménages jurassiens l'énergie dont ils ont besoin, en quantité suffisante, en qualité irréprochable et à un prix conforme à toute loi et toute réglementation en vigueur. Ce faisant, BKW assume seule toutes les obligations d'un GRD selon la LApEI et en porte l'entière responsabilité, selon le mandat reçu de la RCJU dans les conventions de 2002 déjà citées. Prétendre qu'EDJ soit l'actuel GRD exposerait d'ailleurs cette microstructure aux reproches de graves manquements et de négligences organisationnelles. Avec l'effectif dont elle dispose¹¹, EDJ n'est en effet de loin pas en mesure d'assumer la gestion d'un réseau de la taille de celui de BKW, même en déléguant l'entier des tâches opérationnelles et en n'exerçant que les fonctions de mandant et de surveillance des mandataires¹². Ainsi, dans les faits et conformément à la convention RCJU – EDJ – BKW, le GRD actuel de la "zone 1" est bien BKW et non EDJ. La question se pose encore moins par rapport à la "zone 6" exploitée par SEG.

Ainsi, la désignation et l'attribution du réseau de BKW comme zone de desserte d'EDJ ou de tout autre GRD que BKW contreviendrait au principe d'attribution aux exploitants de réseau historiques. Le modèle prévu par l'avant-projet LApEI s'écarterait de la volonté de la Confédération et des principes admissibles par le droit de rang supérieur, et violerait la jurisprudence existante.

3.3 Le prélèvement de nouvelles taxes n'est possible que dans un cadre bien défini

Sans affectation prédéfinie, par exemple dans le cas d'une attribution non spécifiée à la caisse générale de l'Etat, une taxe prend le caractère d'un impôt général et n'est pas admissible en vertu du droit fédéral.

Cet aspect de l'avant-projet de loi nous semble non conforme au droit de rang supérieur.

¹⁰ LApEI art 8 ch. 5.

¹¹ Pour réaliser l'ensemble de ses tâches, EDJ Energie du Jura SA dispose aujourd'hui d'un effectif de 2,4 équivalents plein temps (EPT). Avant les augmentations d'effectif de 2013 et 2018, EDJ ne disposait que d'environ 1,3 EPT. Ces effectifs sont entièrement absorbés par les tâches qu'EDJ réalise en dehors de l'approvisionnement en électricité.

¹² Notamment : l'adjudication, la conduite et la surveillance de mandats externes par le GRD suppose l'existence de toutes les compétences pertinentes, aussi bien en matière de construction et d'exploitation d'infrastructures que de commercialisation et de tarification. La responsabilité causale aggravée liée à l'exploitation d'une installation électrique ne peut être déléguée; le GRD doit être en mesure de contrôler ses mandataires.

3.4 Conclusion intermédiaire

La garantie de la propriété est un droit fondamental. Le modèle prévu par l'avant-projet LCApEI repose sur une expropriation matérielle de BKW sans que les conditions préalables nécessaires à la restriction d'un droit fondamental ne soient toutes réunies. La garantie de la propriété oblige les Cantons à respecter les régimes de propriété et d'exploitation des réseaux lors de la désignation et l'attribution des zones de desserte. C'est ce que soulignent le Conseil fédéral dans son message d'introduction de la LApEI ainsi que la jurisprudence existante. L'avant-projet de LCApEI contrevient ainsi au droit de rang supérieur. Il en découle que la précision du message d'accompagnement selon laquelle l'avant-projet LCApEI prend en compte la législation fédérale et cantonale¹³ est erronée.

Sur cette base, nous contestons globalement la légitimité du modèle prévu par la section 2 de l'avant-projet LCApEI, particulièrement à ses articles 9 alinéa 3, 10 et 18 (sauf dans les cas d'affermage volontaire).

4 La LCApEI renchérit l'approvisionnement électrique

4.1 Un système plus complexe est également moins sûr et plus coûteux

L'avant-projet de LCApEI prévoit de séparer la fonction de propriétaire de celle de gestionnaire de réseau et de celle d'exploitant. Il est prévu de mettre en place un gestionnaire de réseau déléguant les tâches qu'il ne pourrait assumer lui-même. Cette segmentation introduit de nouvelles interfaces augmentant significativement l'effort de coordination. Les garanties sécuritaires¹⁴ seront d'autant plus délicates à assumer par le gestionnaire de réseau qu'il y aura davantage de prestataires impliqués. Les prestations des mandataires, devant par ailleurs être adjugées en conformité avec la loi fédérale sur les marchés publics (LMP), échapperont au contrôle direct des autorités de régulation (EiCom). Les prestataires suisses se trouveront en concurrence avec des prestataires européens. Dans un marché très concurrentiel, la pression sur les coûts augmentera la difficulté de maîtriser la qualité. A contrario, si le marché n'est pas concurrentiel, le prix des prestations pourrait dépasser les coûts actuels contrôlés par le régulateur.

4.2 Les consommateurs jurassiens perdront le bénéfice de la solidarité tarifaire

La réduction de l'envergure du réseau aux limites cantonales entraînera une hausse des prix. En effet, les tarifs d'acheminement (utilisation des réseaux) sont strictement basés sur une répartition sur les clients du réseau des coûts imputables par le gestionnaire de réseau pour la réalisation des tâches lui incombant selon la LApEI. Autant l'imputabilité des coûts que leur montant et leur répartition sont surveillés par l'EiCom. La LApEI prescrit la solidarité tarifaire au sein du réseau d'un gestionnaire de réseau : tous les clients ayant le même profil de consommation doivent bénéficier d'un même tarif, indépendamment de la topologie (plaine / montagne) ou de la densité de consommation (rural / urbain) de la région dans laquelle ils sont raccordés. Les caractéristiques de topologie et de densité du réseau jurassien de BKW en font un réseau tendanciellement coûteux (beaucoup de km de lignes de moyenne montagne pour alimenter relativement peu de consommateurs). Les consommateurs jurassiens bénéficient actuellement de la solidarité tarifaire au sein du réseau très étendu de BKW. La création par la LCApEI d'un réseau jurassien supprimerait cette solidarité avec le reste du réseau de BKW et entraînerait une augmentation d'environ

¹³ Rapport en vue de la consultation LCApEI du 8 décembre 2020, bas de la page 2.

¹⁴ Aussi bien la sécurité d'approvisionnement que la sécurité technique du réseau. La qualité de l'approvisionnement de base sera également probablement impactée, puisqu'un gestionnaire de réseau dépourvu de production propre sera contraint à acquérir sur le marché les produits de base (énergie grise – charbon, gaz) et les produits de valorisation (certificats d'énergie renouvelable) selon leurs disponibilités et aux conditions du moment.

10 MCHF par an des coûts d'acheminement à charge des consommateurs jurassiens. A ce montant s'ajouteraient les frais non estimés mais considérables des adaptations techniques nécessaires pour la séparation des réseaux (compteurs, protections) et de la duplication des systèmes auxiliaires nécessaires (systèmes de surveillance, solutions de décomptes, service client, ...).

4.3 Conclusion intermédiaire

La complexification du système d'approvisionnement, notamment la séparation arbitraire des rôles de propriétaire, gestionnaire et exploitant de réseau, entraînerait la création de nouvelles interfaces et une augmentation correspondante des coûts à qualité de service équivalente, sans compter une possible dégradation de la sécurité et de la sécurité d'approvisionnement. Par ailleurs, la création d'un réseau délimité au territoire jurassien aurait pour conséquences la perte de la solidarité tarifaire voulue par la LApEI et une augmentation estimée à quelque 10 MCHF/a des frais à supporter par les seuls consommateurs jurassiens, auxquels s'ajouteraient les investissements considérables nécessaires pour une séparation du réseau jurassien.

5 Autres conséquences de la LCApEI

L'approvisionnement en électricité est un domaine clé de l'économie. Par son importance stratégique pour le fonctionnement de la société moderne, mais aussi par la multitude de contributions ramifiées qu'il implique dans cette société. Un remodelage de fond tel que prévu par l'avant-projet de la LCApEI ne se fait pas sans impact économique. Nous avons évalué plus haut quelques premières conséquences probables sur les conditions de l'approvisionnement en électricité. En complément aux commentaires de votre rapport explicatif, nous nous permettons de vous soumettre ici quelques réflexions d'une analyse économique globale que nous estimons utiles pour l'évaluation de l'avant-projet.

5.1 Redevances en hausse

La majorité des communes prélèvent actuellement par l'intermédiaire du GRD une redevance de 1,5 ct/kWh pour l'utilisation du domaine public. Cette redevance, par ailleurs plafonnée à 300 CHF/a, n'est pas facturée aux clients alimentés en haute tension (industrie), non concernés par l'utilisation du domaine public. Le projet de LCApEI prévoit la diminution de ces redevances mais en ajoute deux nouvelles et supprime le plafonnement. Ce sont ainsi jusqu'à 2,5 ct/kWh que devront payer tous les consommateurs d'électricité jurassiens, pour un montant total de près de 13,2 MCHF/a, sans possibilité d'exemption.

Nos clients PME et industriels seront les premiers pénalisés par cette augmentation, que nous estimons à quelque 9 à 10 MCHF/a.

Par ailleurs, nous avons l'impression que les consommateurs ayant déjà investi dans l'amélioration de leur empreinte écologique en se dotant d'une pompe à chaleur pourraient se sentir trahis en voyant leur consommation grevée d'une nouvelle taxe. N'y a-t-il pas lieu de prévoir des exonérations ciblées ?

5.2 Disparition de places de travail et de recettes fiscales

BKW est un contributeur important de l'économie jurassienne, sans encore évoquer son rôle d'entreprise formatrice. Le groupe BKW donne du travail à environ 140 personnes qualifiées dans le Canton, correspondant à une masse salariale d'environ 8,2 MCHF/a, dont environ la moitié est liée au rôle de GRD.

Dans ce contexte, le changement de système prévu par le projet de LCApEI entraînerait la suppression de places de travail chez BKW. Le transfert de certaines d'entre elles vers le secteur public n'irait pas sans grever le budget de l'Etat. Mais surtout, l'adjudication Page 8/11

obligatoire des prestations induirait un fort risque de délocalisation au profit de mandataires externes au Canton, suisses ou étrangers.

A noter que le groupe BKW confie actuellement aux entreprises locales des mandats d'un montant annuel de quelque 5 MCHF. Rien n'assure qu'un GRD tiers maintiendrait cette pratique.

Par ailleurs, le groupe BKW paie quelque 1,7 MCHF d'impôt¹⁵ à la République et Canton du Jura. Une entreprise publique remplissant le mandat de GRD aux conditions du projet de LCApEI pourrait bénéficier d'une exonération fiscale partielle ou totale, avec les conséquences correspondantes sur les recettes fiscales.

Enfin, le montant des contributions fiscales des salariés du groupe BKW peut être sommairement estimé à 820 kCHF/a. La disparition de places de travail pourrait entraîner la fuite de ces contributions fiscales vers d'autres cantons, voire à l'étranger.

6 Alternative à la LCApEI : améliorer le modèle actuel

6.1 La LCApEI remet en question le résultat d'une décennie de négociations

Le modèle actuel de partenariat entre les collectivités publiques jurassiennes et BKW date du début des années 2000. Les conventions signées en 2002 par la RCJU et BKW avaient clos des négociations de plus de dix ans visant à trouver le modèle d'approvisionnement en électricité le plus approprié. La composante économique constituait une préoccupation et une condition cadre essentielle des négociations, tout comme la question de l'accès à la sécurité, à la qualité et au savoir-faire. Or l'évolution du cadre réglementaire depuis 2002 ne renverse pas ces fondamentaux; au contraire, elle apporte aux consommateurs une sécurité accrue sur les coûts et la disponibilité de leur approvisionnement. Le modèle établi ne peut donc être intégralement déficient et peut constituer à notre avis une bonne base pour la suite de notre collaboration.

6.2 Nous proposons de maintenir le modèle et les rôles établis et d'en ajuster les points faibles

Concrètement, les exploitants historiques, dont BKW, devraient être confirmés dans leur rôle de gestionnaires de réseaux au sens de la LApEI, idéalement par un simple arrêté gouvernemental. BKW propose à la RCJU de la confirmer dans son rôle de GRD en désignant et en lui attribuant la zone de desserte correspondant à son réseau actuel et aux éventuelles régions adjacentes non encore desservies (exclusion de zones orphelines).

Si la RCJU souhaite la création d'une zone tarifaire jurassienne distincte au sein du réseau de BKW, elle pourrait demander à l'EICOM d'en évaluer la possibilité. Au surplus, une surveillance plus spécifique du travail de BKW en tant que gestionnaire de réseau est a priori exclue par la LApEI.

Assorti à la désignation des zones de desserte de BKW, conformément aux dispositions de la LApEI et aux propositions de la LCApEI, un contrat de prestations pourrait définir les services de base à fournir par les gestionnaires de réseaux. S'agissant de services intrinsèquement liés au rôle de GRD, par exemple la mise à disposition de données de consommation disponibles chez le gestionnaire de réseau, ces services peuvent être fournis gratuitement dans les limites de leur conformité légale, comme c'est le cas aujourd'hui déjà. D'autres services complémentaires peuvent être commandés contre rémunération, dans la mesure de leur conformité au droit de rang supérieur.

¹⁵ Chiffres 2019

Autre amélioration notable, le modèle de prélèvement des redevances par BKW devrait être assoupli et flexibilisé. Comme en témoigne le modèle introduit tout récemment dans le Canton de Berne, BKW est désormais à même de proposer aux Communes une solution leur laissant une grande latitude pour fixer le modèle et le montant de la redevance. Dans la mesure où les critères de différenciation des consommateurs sont compatibles avec le droit de rang supérieur et coïncident à des critères tarifaires de BKW (produits), BKW peut offrir gratuitement la prestation de prélèvement de la redevance communale.

6.3 Nous restons ouverts à des alternatives

Si la mise en place d'un partenariat orienté sur la solution actuelle améliorée nous paraît être le chemin le plus praticable, nous ne fermons toutefois pas les portes d'alternatives qui pourraient vous paraître plus attractives¹⁶. Naturellement, face à de telles propositions nous ne pourrions ignorer les critères de la conformité juridique et de la réalité économique, prépondérant dans notre organisation.

Nous vous encourageons à nous soumettre de telles propositions si elles existent et vous assurons de notre parfait concours à leur étude approfondie. Ceci par ailleurs sans aucun préjudice de notre engagement à continuer à remplir au plus proche des réglementations applicables et de notre conscience professionnelle le rôle de GRD que nous assumons actuellement, aussi bien en phase de discussions qu'au delà.

6.4 Conclusion intermédiaire

La solution inédite d'un affermage forcé d'un grand réseau entraîne les complications identifiées plus haut. En admettant que le modèle introduit en 2002 ne soit pas fondamentalement déficient, des solutions d'adaptations de ce modèle pourraient s'avérer plus avantageuses. Nous serions disposés à explorer les propositions que vous nous soumettriez, voir des alternatives plus fondamentales dans la mesure de leur respect du droit de rang supérieur et des réalités économiques.

C| Commentaires spécifiques

Compte tenu du caractère fondamental de notre opposition à l'avant-projet LCApEI, un commentaire spécifique article par article nous paraît inutile. A titre illustratif et à toutes fins utiles, vous trouverez cependant en annexe 1 à la présente les commentaires spécifiques à quelques articles choisis, sans souci d'exhaustivité.

¹⁶ Par exemple la création au sein du grand réseau de BKW d'un réseau réduit JURA exploité comme un réseau distinct, avec ses propres tarifs et ses propres indices de qualité, avec possiblement une association de la collectivité publique aux décisions sur ces éléments. Modèle inédit à soumettre préalablement à l'ElCom! Contrarie en principe les idées de base de la LApEI. Page 10/11

Nous vous remercions de l'attention que vous prêterez à notre prise de position et nous tenons à votre disposition pour toute clarification que vous pourriez souhaiter.

Veillez agréer, Monsieur le Chef de section, Madame, Monsieur, nos meilleures salutations.

BKW Energie SA

Dr Roland Küpfer
Membre de la direction du groupe BKW /
Responsable Secteur d'activité Power Grid

Dr Raphael Brütsch
Chef Legal & Compliance

Annexes :

- Annexe 1 : Commentaires spécifiques
- Annexe 2 : Formulaire de consultation RCJU (prise de position non exhaustive)

Consultation LCApEI
Prise de position BKW du 19 avril 2021

ANNEXE 1

Commentaires spécifiques

La présente annexe illustre et précise les propos tenus dans notre prise de position par des commentaires spécifiques à quelques articles choisis de l'avant-projet LCApEI, sans souci d'exhaustivité.

Article premier (but)

En principe, une simple décision (arrêté) suffirait. La seule intervention requise des Cantons par la LApEI étant la désignation transparente et non discriminatoire des zones de desserte des gestionnaires de réseau opérant sur leur territoire.

Par ailleurs, dans le domaine de l'approvisionnement en électricité, les intérêts publics sont définis et protégés au niveau fédéral (LApEI, OApEI, EICom).

Article 6 alinéas 2 et 3 (droit de préemption)

Un éventuel droit de préemption devrait être mieux spécifié. La priorité ne saurait s'exercer qu'à conditions concurrentielles. La définition prévue des conditions doit respecter la garantie de la propriété. L'infrastructure doit pouvoir être vendue aux conditions du plus offrant, a minima cependant aux conditions correspondant à la jurisprudence au moment de la vente.

Par ailleurs, il est clair que le cas visé serait celui d'un changement de contrôle et non d'une simple cession (par exemple le cas de transfert de participations au sein de l'entité cédante ne peut déclencher un droit de préemption).

Enfin, nous admettons que le droit de préemption prévu par l'alinéa 3 porte sur les actifs réseaux sur territoire de la RCJU et non sur la participation elle-même. A noter que l'extension prévue jusqu'aux participations indirectes n'est pas acceptable.

Article 7 (Obligation de renseigner)

La mise à disposition gratuite d'information par le GRD n'est possible que dans la mesure où ces informations sont disponibles dans la forme requise et que leur mise à disposition n'entraîne pas de frais pour la partie assujettie.

Le respect des exigences du droit supérieur en matière de protection des données, auxquelles la partie assujettie est possiblement soumise et dans la mesure de leur portée pour cette partie, doit être garanti par la loi. Un commentaire ne suffit pas. Par exemple, la mise à disposition de données personnelles détenues par le gestionnaire de réseau dans le cadre exclusif du maintien de sa relation client n'est pas tolérée si la fin n'a pas été déclarée ou reconnue et acceptée par la personne concernée.

Article 9 alinéa 3 (Attribution des zones de desserte exclusivement à une Commune ou un établissement cantonal jurassien)

Cette exigence viole le principe constitutionnel de garantie de la propriété sans que les conditions préalables requises pour la restriction d'un droit fondamental ne soient remplies. Pour respecter ce principe, l'attribution des zones de desserte n'est possible qu'en faveur des propriétaires et exploitants de réseaux "historiques", comme le rappelait d'ailleurs le Conseil fédéral dans son message relatif à la LApEI et comme l'a confirmé depuis la jurisprudence.

Le propriétaire et exploitant de la "zone 1" est bien BKW et non EDJ comme vous l'écrivez dans votre commentaire. Ainsi que le prévoient les conventions de 2002, EDJ n'a pas joué de rôle ni porté aucune responsabilité dans l'approvisionnement en électricité. EDJ ne dispose d'aucune compétence dans ce domaine, et BKW assume seule toutes les charges et responsabilités liées à l'approvisionnement en électricité, remplissant intégralement le rôle de GRD introduit par la LApEI en 2007.

Article 10 (Durée de l'attribution des zones de desserte)

La garantie de la propriété donne au propriétaire d'un réseau (dans la mesure où il n'en délègue pas spontanément l'exploitation à un tiers) le droit d'en être le GRD. Dès lors une limitation dans le temps n'est pas conforme au droit de rang supérieur.

Article 18 alinéa 2 (Rapport entre propriétaire et gestionnaire de réseau)

Outre la violation déjà évoquée de principes constitutionnels, nous soulignons ici le risque économique et juridique introduit par la complexité du modèle prévu par l'avant-projet de LCApEI. La conception de l'approvisionnement en électricité visée par la LCApEI serait un cas unique en Suisse, qui plus est dans un domaine d'activité déjà très réglementé. La législation fédérale accorde au propriétaire de réseau un rendement du capital investi, non compressible dans le cadre des accords prévus par l'avant-projet LCApEI.¹⁷

Un propriétaire ne peut par ailleurs être livré sans réserve aux décisions d'investissements d'un GRD tiers. En tous les cas, le risque réglementaire lié à la décision d'imputabilité des coûts liés à ces investissements ne saurait être supporté par le propriétaire.

Les questions de responsabilité (notamment relatives à la sécurité d'approvisionnement et sécurité d'exploitation) empiètent dans des domaines divers du droit fédéral. La délimitation des périmètres de responsabilité ne pouvant couvrir tous les cas d'espèce, on ne peut exclure la récurrence d'actions pénales complexes et coûteuses.

Article 25 (Redevance pour l'utilisation du domaine public)

Le modèle de redevance communale prévu par l'avant-projet LCApEI ne correspond pas aux attentes exprimées lors des échanges de 2020 entre la délégation de la RCJU et de l'AJC et BKW. BKW est désormais en mesure d'offrir aux communes la flexibilité qu'elles souhaitaient en matière de prélèvement de redevances.

Article 26 alinéa 2 (Affectation de la redevance cantonale)

L'affectation des recettes de la redevance cantonale à la caisse générale de l'Etat nous paraît incompatible avec le droit fédéral.

¹⁷ A noter que cette composante "CAPEX" correspond dans les réseaux de BKW à environ deux tiers des coûts totaux imputables dans la rémunération de l'utilisation des réseaux, limitant significativement le potentiel de réduction de coûts "OPEX" par le gestionnaire de réseau.

Article 28 (GRD débiteur des redevances)

Le GRD n'est qu'un prestataire mandaté par la collectivité publique pour le prélèvement des redevances. Il n'a pas à supporter le risque débiteur correspondant. Il reverse à la collectivité mandante le montant exact des redevances que les consommateurs ont payées.

Article 29 (Interdiction des exceptions dans le prélèvement de redevances)

Nous comprenons l'intention incitative motivant l'interdiction générale d'exonérer certains consommateurs des redevances prévues par l'avant-projet LCApEI. Nous attirons toutefois votre attention sur l'impact parfois énorme (jusqu'à près d'un demi-million de francs par année) qu'une telle disposition entraînant la fin du plafonnement pratiqué actuellement aura sur les consommateurs industriels.