

B 2.7	<b>2. Prise de position de la COMCO concernant l'avant-projet de modification de la Loi sur l'utilisation des forces hydrauliques et de la Loi sur les Forces motrices valaisannes</b>
-------	--

## 1 Contexte et projet mis en consultation

### Contexte

1. Le canton du Valais produit 28 % de l'électricité générée par la force hydraulique en Suisse (Grisons: 22 %, Tessin, Berne et Argovie: 9 % chacun)<sup>1</sup>. Il dispose actuellement de 44 aménagements hydroélectriques produisant chacun plus de 3 mégawatts (MW) (seules les centrales électriques d'une puissance supérieure à 3 MW sont concernées par la révision de la loi; elles produisent actuellement 98 % de l'énergie hydroélectrique valaisanne).<sup>2</sup>

2. Selon le droit valaisan (qui ne sera pas modifié), le droit de disposer de la force hydraulique à l'intérieur du canton revient au canton pour le Rhône et le lac Léman et aux communes pour les autres cours d'eau. Les capacités de production actuelles sont détenues majoritairement sous forme de concessions par des sociétés extra-cantoniales. Seulement 20 % environ de la production sont en mains valaisannes<sup>3</sup>. 10 % appartiennent aux communes valaisannes et 10 % aux Forces Motrices Valaisannes (FMV).

3. Entre 2017 et 2087<sup>4</sup>, chacun des 44 aménagements hydroélectriques fera l'objet d'un droit de retour. Le droit de retour est le droit qui permet à une communauté concédante de reprendre des installations au terme de la durée d'une concession (art. 67 LFH<sup>5</sup>). La communauté concédante peut reprendre gratuitement la partie dite mouillée des installations (installations de retenue d'eau et canaux d'amenée ou de fuite, y compris les bâtiments et le sol servant à l'exploitation de ces installations) et reprendre la partie dite sèche (installations servant à la production et au transport de l'énergie) moyennant une « indemnité équitable »<sup>6</sup>. Après le retour, la communauté concédante peut à nouveau décider si elle utilisera les forces hydrauliques disponibles et, le cas échéant, si elle exploitera elle-même les installations existantes ou accordera une nouvelle concession pour une durée maximale de 80 ans.

### Projet mis en consultation

4. L'objectif principal du projet de révision est de permettre au canton du Valais d'étendre son contrôle sur sa force hydraulique. Étant donné que les concessions prendront fin dans les prochaines décennies, le canton juge nécessaire que l'économie cantonale et, partant, l'ensemble de la communauté valaisanne, accroisse sa participation dans ces infrastructures.

5. Pour répondre à cet objectif, le canton veut redistribuer les droits de propriété respectivement de participation relatifs aux aménagements hydroélectriques en maintenant le principe « une société hydroélectrique par aménagement ». « L'élément crucial de la présente révision de la loi » est le projet d'art. 59b AP-LFH-VS<sup>7</sup>, qui

règle les droits de propriété des aménagements hydroélectriques après l'expiration d'une concession<sup>8</sup>.

6. La propriété des aménagements hydroélectriques sera répartie selon un nouveau modèle. Celui-ci, tout en étant flexible, vise la répartition suivante:

- 30 % aux communautés concédantes (communautés sur le territoire desquelles coule l'eau utilisable);
- 30 % à la communauté valaisanne à des conditions avantageuses (« prix solidaire »)
- 40 % à un ou plusieurs partenaires tiers au prix de marché.

7. Si d'autres répartitions sont possibles, celle proposée ci-dessus représente le cas standard, qui peut graphiquement être représenté comme suit:

<sup>1</sup> Canton du Valais, Rapport explicatif: Stratégie forces hydrauliques canton du Valais, Consultation concernant un avant-projet de modification de la loi cantonale sur l'utilisation des forces hydrauliques du 28 mars 1990 ainsi que de la loi cantonale sur les Forces Motrices Valaisannes du 15 décembre 2004, p. 8.

<sup>2</sup> Cf. rapport explicatif, p. 22 (note 1).

<sup>3</sup> D'après le rapport « Stratégie Forces hydrauliques Canton du Valais » du 7 juillet 2011, plus de 50 % des capacités de production d'électricité valaisanne sont la propriété des compagnies Alpiq, Axpo et FMB. En outre, quelque 10 % appartiennent à des entreprises étrangères comme Electricité de France (EdF) et Energie Baden-Württemberg (EnBW).

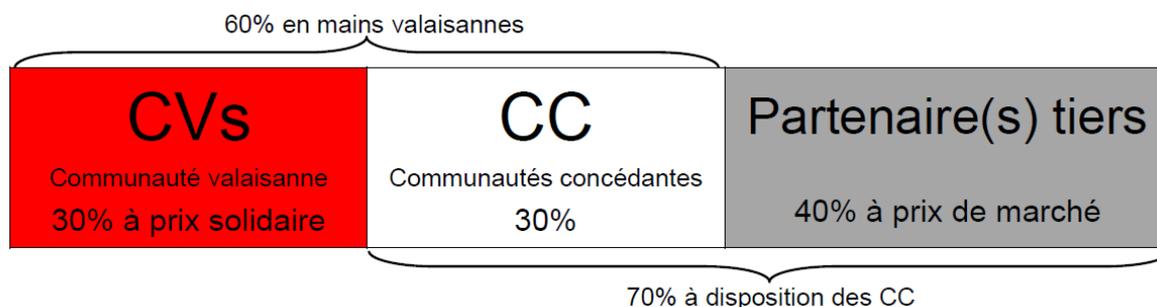
<sup>4</sup> Cf. graphique à la p. 22 du rapport explicatif (note 1).

<sup>5</sup> Loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH; RS 721.80).

<sup>6</sup> L'indemnité équitable est calculée essentiellement selon les coûts de construction indexés déduction faite des amortissements. En outre, lorsqu'elle fait usage de son droit de retour, la communauté concédante doit prendre en charge les frais des travaux de modernisation et d'agrandissement entrepris par le concessionnaire avec l'accord de la communauté concédante.

<sup>7</sup> Avant-projet de la Loi sur l'utilisation des forces hydrauliques.

<sup>8</sup> L'art. 59a AP-LFH-VS comporte une disposition similaire pour le cas où une commune accorde une concession pour la première fois. Toutefois, cette disposition ne devrait pas être d'une grande portée dans la pratique, car le potentiel hydraulique atteint déjà à bien des endroits un niveau maximal de production ; rapport explicatif, p. 2 (note 1).



#### p. 15 du rapport explicatif

8. Le droit d'utiliser les forces hydrauliques reste en principe en main des communes. Toutefois, le canton peut dans tous les cas participer à hauteur de 30 %. Il peut acquérir cette participation de 30 % à un prix dit solidaire, qui correspond à une fraction (proportionnelle à la participation du canton) du montant versé à l'ancien concessionnaire par la communauté concédante lors du retour (c.-à-d. l'indemnité équitable plus d'éventuels suppléments pour des investissements additionnels effectués avec l'accord de la communauté concédante; cette indemnité est calculée d'une manière telle qu'elle est inférieure au prix du marché<sup>9</sup>).

9. Si une communauté concédante ne désire pas conserver un minimum de 30 % de participations dans une société hydroélectrique et souhaite céder plus que les 40 % de participations dont elle peut disposer librement (de sorte que plus de 40 % reviendraient à un acteur non valaisan), le projet de révision de la loi prévoit un droit de préemption en faveur du canton, dans l'intérêt de la communauté valaisanne. La communauté concédante qui a signé un contrat de vente avec un tiers acquéreur doit donner la possibilité au canton d'intervenir comme acheteur, en lieu et place du tiers, au prix de vente convenu dans le contrat. Cela permet au canton d'intervenir aux conditions convenues dans un contrat de vente conclu avec un tiers. Si le canton n'avait pas ce droit, l'objectif visé par la révision de la loi (garantir à la communauté valaisanne une participation de 60 %) pourrait ne pas être atteint.

10. En outre, le rapport explicatif traite la question du représentant qui doit détenir les 30 à 60 % de participations du canton (trois variantes sont proposées: participation directe du canton et des communes; société de participation; société cantonale commune)<sup>10</sup>. Il ressort du rapport qu'il faut confier ce rôle à la structure existante de FMV, qui appartient déjà majoritairement au canton et aux communes, et pour une part minoritaire à d'autres actionnaires privés.<sup>11</sup> Les participations que le canton peut prendre en vertu des droits décrits plus haut (30 % au prix solidaire et éventuellement 30 % au prix du marché vendus par une communauté concédante) doivent être transférées à FMV aux mêmes conditions.

## 2 Compétences de la COMCO

*Préavis en vertu de l'art. 46, al. 2, LCart<sup>12</sup>*

11. La Loi sur les cartels a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence

et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart). Afin de lutter contre les restrictions à la concurrence d'origine étatique, la LCart confère à la COMCO le droit de s'exprimer sur les projets d'actes normatifs de droit fédéral ou cantonal (art. 46, al. 2, LCart) qui influent sur la concurrence.

12. Étant donné que la nouvelle loi valaisanne, comme le montre l'analyse ci-après, entraîne des distorsions de la concurrence, la COMCO émet un préavis en vertu de l'art. 46, al. 2, LCart.

13. Il apparaît par ailleurs, que la révision prévue présente un potentiel de conflits avec des actes législatifs de rang supérieur. D'une part, les formes d'attribution de concessions prévues violent l'art. 60, al. 3<sup>bis</sup>, LFH. Certes, selon cette disposition, il n'est pas obligatoire de procéder à un appel d'offres pour octroyer une concession d'usage de la force hydraulique ; néanmoins la procédure doit garantir le respect des principes de non-discrimination et de la transparence. D'autre part, il existe un risque que le transfert de droits de propriété ou de participation à des aménagements hydroélectriques au canton du Valais à un prix préférentiel puisse être qualifié de violation de l'art. 23, al. 1, ch. iii, de l'Accord de libre-échange avec la Communauté économique européenne<sup>13</sup>. En effet, selon cette disposition, « [s]ont incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord, dans la mesure où ils sont susceptibles d'affecter les échanges entre la Communauté et la Suisse: toute aide publique qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

<sup>9</sup> Rapport explicatif, p. 17 (note 1).

<sup>10</sup> Rapport explicatif, p. 18 ss (note 1).

<sup>11</sup> Cf. pt. 20 ci-dessous.

<sup>12</sup> Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart ; RS 251).

<sup>13</sup> Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne du 22 juillet 1972 (RS 0.632.401).

### Avis en vertu de la LMI<sup>14</sup>

14. Les concessions pour l'utilisation des forces hydrauliques sont des concessions dites d'usage privatif pour lesquelles l'art. 2, al. 7, LMI est applicable selon la pratique constante de la COMCO<sup>15</sup>. Par ailleurs, les règles générales de l'accès au marché énoncées à l'art. 2, al. 1 à 5, LMI devraient être applicables s'agissant des concessions d'usage privatif.<sup>16</sup> L'art. 2, al. 7, LMI dispose que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut frapper de discrimination des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. Les règles générales de l'accès au marché énoncées à l'art. 2, al. 1 à 5, LMI n'imposent aucune obligation aux autorités qui va au-delà des obligations inscrites à l'art. 2, al. 7, LMI.

15. Dans son expertise du 22 février 2010, la COMCO a accordé à toutes les communes suisses ayant l'obligation de procéder à des appels d'offres un délai de trois ans pour fixer des conditions claires relatives aux appels d'offres<sup>17</sup>. Répondant à l'avis de droit de la COMCO, le législateur fédéral a procédé à des modifications de loi en décembre 2011 et a révisé la LApEI et la LFH. Les points importants de ces révisions sont les nouveaux art. 60, al. 3<sup>bis</sup>, LFH et 3a LApEI, qui disposent que les concessions de droits d'eau et les concessions en rapport avec le réseau de transport et de distribution d'électricité, notamment le droit d'utiliser le domaine public, peuvent être octroyées sans procéder à un appel d'offres. L'autorité concédante doit toutefois garantir une procédure transparente et non discriminatoire.

16. L'art. 60, al. 3<sup>bis</sup>, LFH a été introduit à titre de *lex specialis* et *lex posterior* à l'obligation de procéder à des appels d'offres inscrite dans la LMI<sup>19</sup>. Cette disposition est très similaire à l'art. 2, al. 7, LMI, mais est indépendante de celui-ci et n'impose pas d'obligation de procéder à un appel d'offres. Ainsi, la procédure d'octroi de concessions de droits d'eau est entièrement réglée par la LFH. Il n'est pas possible de se fonder sur les art. 2, al. 7, LMI ou 2, al. 1 à 5, LMI<sup>20</sup>.

17. Il apparaît donc que les dispositions matérielles de la LMI ne sont pas applicables en l'espèce. Cela correspond à la volonté explicite du législateur fédéral. Le fait de savoir si cela empêcherait la COMCO d'émettre des recommandations peut rester ouvert, puisque de son point de vue cette possibilité existe en vertu de l'art. 46, al. 2, LCart.

18. Si la LMI n'est pas applicable en l'espèce, les cantons n'ont pas pour autant le droit d'octroyer des concessions de manière discriminatoire ou non transparente, attendu que – comme évoqué ci-dessus (ch. 13) – cela violerait l'art. 60, al. 3<sup>bis</sup>, LFH.

### 3 La révision de la loi entraîne des distorsions de la concurrence

19. Le projet de loi décrit plus haut est représenté graphiquement ci-dessous. Ce graphique correspond au « cas standard »<sup>21</sup>, selon lequel la communauté concédante cède 40 % des participations à des partenaires tiers. Le canton (plus exactement la communauté valaisanne) peut acheter jusqu'à 30 % de l'aménagement aux communautés concédantes à un prix solidaire. Si la

communauté concédante transfère plus de 40 % des participations à des tiers autres que des communes valaisannes ou entités en mains publiques valaisannes, le canton a le droit d'acquérir au maximum 30% supplémentaires au prix du marché, de sorte que le canton peut détenir de 30 à 60 % de chaque société hydroélectrique valaisanne.

<sup>14</sup> Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02).

<sup>15</sup> DPC 2012/2, 446, no 58, « L'accès au marché pour les services de taxi venant d'autres localités à l'exemple des réglementations des cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne ainsi que des villes de Zurich et de Winterthour » [trad.] ; DPC 2011/2, 347, no 30, « Expertise du 22.2.2010 concernant le renouvellement des contrats de concessions entre la Zentralschweizerische Kraftwerke AG et les communes du canton de Lucerne portant sur l'utilisation du domaine public et l'approvisionnement en énergie électrique » [trad.].

<sup>16</sup> Cf. DPC 2012/2, 446, no 58 (note 15); MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (éd.), Commentaire Romand. Droit de la concurrence, 2002, art. 2 LMI, no 54. Déjà avant l'introduction de l'art. 2, al. 7, LMI, cet auteur parvenait à la conclusion que l'art. 2 LMI est applicable à l'octroi de concessions d'usage privatif.

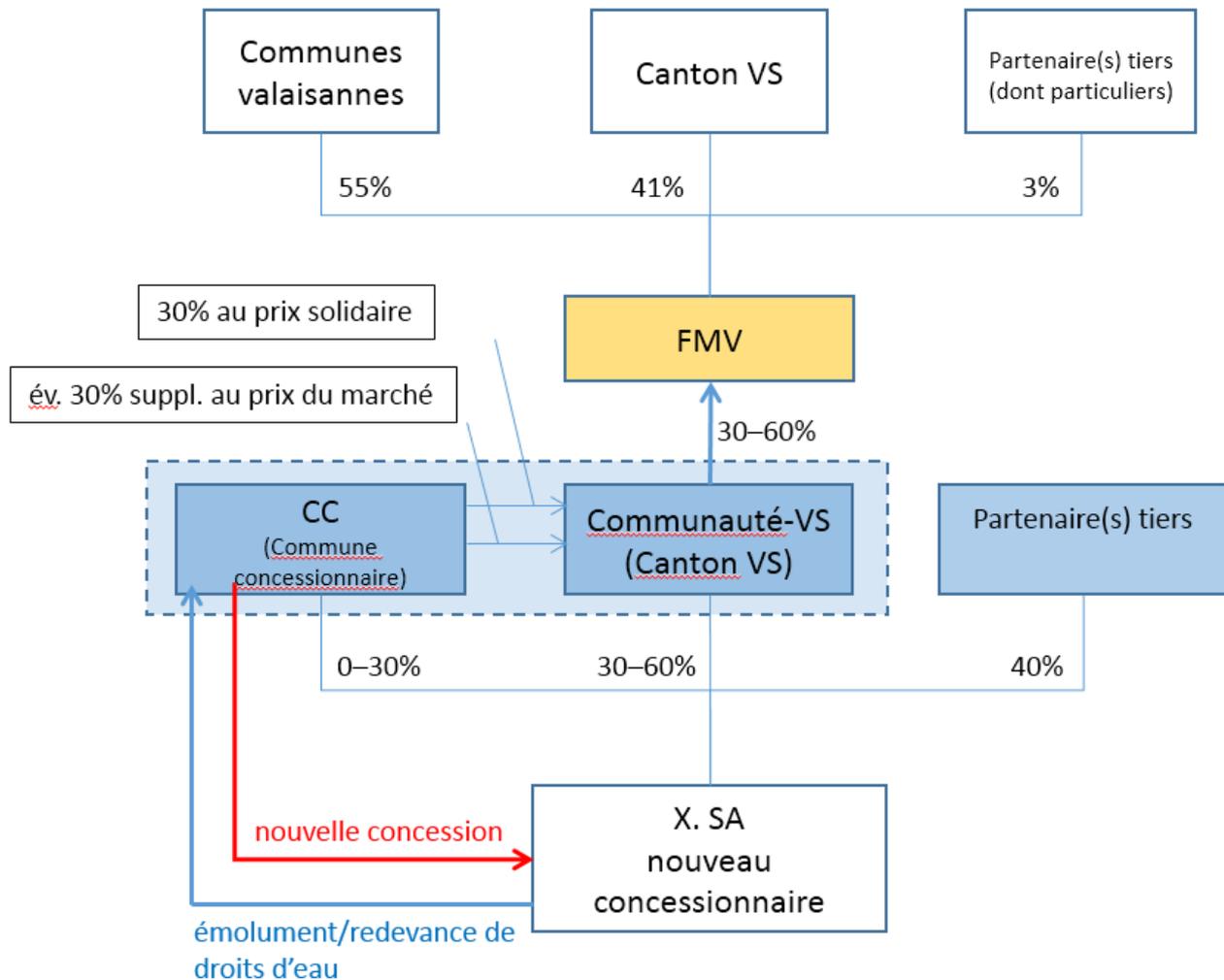
<sup>17</sup> DPC 2011/2, 352, no 76 s. (note 15).

<sup>18</sup> Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEI; RS 734.7).

<sup>19</sup> Initiative parlementaire « Pas de bureaucratie inutile dans le domaine des réseaux électriques », rapport de la commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national du 21 février 2011, FF 2011 2711, p. 2712.

<sup>20</sup> Cf. ETIENNE POLTIER, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (éd.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2e éd., 2013, art. 2, al. 7, LMI, no 46 ss.

<sup>21</sup> Rapport explicatif, p. 16 (note 1).



### Graphique du secrétariat

20. Les 30 à 60 % qui reviennent ainsi au canton seront donc investis dans FMV<sup>22</sup>. Actuellement, l'actionnaire majoritaire de FMV est le canton du Valais (participation de 55 %). Les communes valaisannes réunies possèdent une part d'environ 41 %. 3 % environ sont en mains de tiers (particuliers, Grande Dixence SA). Le 1,1 % restant est détenu par FMV<sup>23</sup>.

21. L'application de ce plan n'entraîne aucune distorsion de la concurrence si le canton du Valais respecte le principe de neutralité concurrentielle, qui découle non seulement de l'objectif propre à la politique de la concurrence d'empêcher la concurrence de subir des influences dommageables (voir art. 46, al. 2, LCart), mais également de l'art. 27, al. 2, de la Constitution fédérale.<sup>24</sup> Pour que la neutralité concurrentielle soit garantie, le canton du Valais, en tant qu'acteur du jeu de la concurrence, doit se soumettre aux mêmes règles que les acteurs privés et ne disposer d'aucun privilège.

22. La Loi de 2007 sur l'approvisionnement en électricité<sup>25</sup> a pour objectif de créer les conditions propres à assurer un approvisionnement en électricité sûr ainsi qu'un marché de l'électricité axé sur la concurrence (art. 1, al. 1, LApEI). L'ouverture du marché de l'électricité doit se dérouler en deux étapes<sup>26</sup>: dès la première étape

(qui a débuté en 2009), les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est égale ou supérieure à 100 MWh d'énergie électrique par site de consommation ont accès au marché et peuvent ainsi choisir librement leur fournisseur d'électricité. Dans une seconde étape, le marché de l'électricité s'ouvrira complètement d'ici 2018, de sorte que tous les consommateurs finaux en Suisse pourront en principe choisir librement leur fournisseur d'électricité.

<sup>22</sup> La loi exige qu'au minimum un tiers des actions soit détenu par le canton du Valais et un autre tiers par les collectivités de droit public valaisannes (canton ou communes), de sorte qu'au moins deux tiers de FMV soient toujours en mains des collectivités de droit public valaisannes (art. 5, al. 1 et 2, LFMV-VS).

<sup>23</sup> « Canton du Valais: Stratégie du propriétaire de FMV », rapport du 7 novembre 2012, p. 14, disponible à l'adresse suivante: <[https://www.vs.ch/Press/DS\\_3/CP-2012-11-20-20569/fr/Rapport\\_fr.pdf](https://www.vs.ch/Press/DS_3/CP-2012-11-20-20569/fr/Rapport_fr.pdf)>.

<sup>24</sup> ATF 138 I 378; voir aussi KLAUS A. VALLENDER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (éd.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd., 2014, art. 94 no 19 ss.

<sup>25</sup> LF du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEI; RS 734.7).

<sup>26</sup> « Projet pour la procédure de consultation, octobre 2014 : Arrêté fédéral sur la deuxième étape de l'ouverture du marché de l'électricité : Rapport explicatif relatif au projet mis en consultation », disponible à l'adresse suivante: [www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/36805.pdf](http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/36805.pdf).

23. Pour les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est égale ou supérieure à 100 MWh, les fournisseurs d'électricité constituent déjà des acteurs du marché. Il en va de même pour le canton du Valais et pour FMV qui, selon ses propres indications, produit, transporte et commercialise de l'électricité essentiellement pour des clients dont la consommation d'électricité est importante. Ces deux acteurs ne devraient donc pas être favorisés par la révision de la loi.

24. La révision prévue amène à différents problèmes en relation avec la neutralité économique. Le fait que le canton du Valais peut obtenir 30 % de la propriété, respectivement des droits de participation, à un aménagement hydroélectrique objet d'un droit de retour à un prix solidaire, constitue déjà une distorsion de la concurrence en ce que tout autre acteur du marché potentiellement intéressé ne pourra pas les acquérir.

25. Le transfert ultérieur de ces droits (de propriété ou de participation) à FMV favorise de manière ciblée une entreprise active sur le marché de l'électricité, au détriment de tous les concurrents de FMV, entraînant ainsi une distorsion de concurrence sur ce marché. En outre, ce transfert privilégiera les actionnaires privés de FMV, de même que les actionnaires privés des sociétés hydroélectriques.

26. La révision envisagée ne permet pas de garantir que les droits de propriété ou de participation dans les sociétés hydroélectriques soient transférés par le biais d'une procédure non discriminatoire et transparente. Une telle procédure est cependant indispensable à l'élimination des distorsions de concurrence susmentionnées. Au demeurant, l'art. 60, al. 3<sup>bis</sup>, LFH prescrit que la procédure d'octroi des concessions doit être transparente et non discriminatoire. Cette exigence vaut également pour tout renouvellement de concession. La possibilité pour une commune de prolonger la concession d'un commun accord avec le concessionnaire (nouvel art. 61 AP-LFH-VS) constitue *ipso facto* une discrimination à l'encontre de tous les autres intéressés potentiels qui sont écartés avant même d'avoir pu manifester leur intérêt à l'octroi de la concession. Contrairement à la déclaration faite dans le rapport explicatif (p. 42), il n'est pas exact que le modèle prévu respecte le droit fédéral en la matière. Le rapport lui-même indique (p. 42) que la LFH « prévoit en principe un système de concurrence pour l'octroi d'une concession de droits d'eau et la décision de sélection entre plusieurs candidats doit se prendre selon certains critères (relatifs au contenu et à la procédure) ».

27. La façon la plus simple et la plus efficace de parvenir à ces objectifs est de soumettre les concessions et renouvellements de concession à un appel d'offres public préalable.

28. Si le canton du Valais décide de ne pas prévoir, dans sa législation, une procédure transparente et non discriminatoire, il doit tout au moins renoncer à

l'introduction de son droit d'acquérir au prix solidaire jusqu'à 30 % de propriété, respectivement de participation, à chaque aménagement hydroélectrique valaisan soumis à un droit de retour, car ce droit constituerait un avantage spécifique pour le canton, respectivement pour les FMV en tant qu'acteur du marché, au détriment des autres entreprises actives sur ce marché.

29. Une mesure plus douce serait aussi concevable, qui ne respecterait certes pas complètement le principe de la neutralité concurrentielle, mais qui réduirait à tout le moins le risque que la concurrence ne soit faussée sur le marché où opèrent les sociétés hydroélectriques valaisannes. Cette solution consisterait en ce que le canton du Valais renonce à transférer les participations acquises à une société elle-même active sur le marché (FMV). Au contraire, il devrait conserver ses droits de participation à titre d'investissement, soit directement dans son patrimoine financier, soit indirectement par le truchement d'une société ou d'un fonds de participation (voir à ce sujet les diverses variantes prévues dans le rapport explicatif p. 19 ss [cf. ch. 10]). Ainsi serait-il au moins possible de ne pas avantager FMV face à ses concurrents sur le marché, d'une manière contraire au droit de la concurrence.

#### 4 Résumé et proposition

30. En résumé, le projet de révision de loi mis en consultation entraîne des distorsions de concurrence, en ce qu'il conduit à favoriser le canton du Valais, respectivement les FMV, ainsi que les actionnaires privés des FMV et des sociétés hydroélectriques, en leur accordant des avantages spécifiques au détriment des autres acteurs présents sur le marché hydroélectrique.

31. Pour éviter ces distorsions de la concurrence et les discriminations d'autres acteurs du marché qui en découlent, le canton devrait veiller à ce que la procédure d'acquisition de parts de propriété ou de participations dans des sociétés hydroélectriques soit non discriminatoire et transparente.

32. La meilleure manière de remplir ces conditions est de soumettre les concessions à une procédure préalable d'appel d'offres publique.

33. Si le canton du Valais devait en décider autrement, la COMCO propose qu'il renonce à s'attribuer le droit d'acheter à un prix solidaire jusqu'à 30 % en copropriété respectivement de participations dans chaque aménagement hydroélectrique valaisan objet d'un droit de retour.

34. À tout le moins, le canton du Valais devrait renoncer à transférer à une société active sur le marché de l'électricité les participations à des aménagements hydroélectriques qu'il a acquises, mais plutôt les conserver soit directement dans son patrimoine financier à titre d'investissement, soit indirectement par le truchement d'une société ou d'un fonds de participation.