

Audition sur les révisions de l'ordonnance sur l'énergie (OEne), de l'ordonnance du DETEC sur l'attestation du type de production et de l'origine de l'électricité et de l'ordonnance sur la protection des eaux (OEaux)

Monsieur,

Nous avons bien reçu votre courrier du 11 février 2011 relative à l'objet mentionné ci-dessus. Le Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel vous adresse les remarques suivantes:

Nous nous rallions à la prise de position de la conférence des directeurs cantonaux de l'énergie (EnDK), du 3 avril 2011, dans son intégralité.

Nous aimerions relever que nous n'avons pas eu d'informations sur les conclusions de la précédente consultation par rapport à l'OEaux relative à la revitalisation et l'espace réservés aux cours d'eaux, de fin 2010. Dans ce contexte, la proposition de l'ajout d'un nouvel article 43a dans l'OEaux nous interpelle. En effet, par ces auditions successives à quelques mois d'intervalle, il devient périlleux pour les autorités consultées de se prononcer de façon cohérente sans avoir eu un retour quant à l'approbation ou non des précédentes modifications. Nous demandons qu'il soit mieux tenu compte de cette problématique à l'avenir.

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions d'agréer, Monsieur, l'expression de notre considération distinguée.

Neuchâtel, le 20 avril 2011

Au nom du Conseil d'Etat:

Le président,
C. NICATI

La chancelière,
S. DESPLAND

Annexe: prise de position de l'EnDK du 3 avril 2011

Madame la Conseillère fédérale
Doris Leuthard

Cheffe du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC)

Palais fédéral Nord

3003 Berne

Coire, le 3 avril 2011

Audition concernant la révision des textes suivants:

- **Ordonnance sur l'énergie (OEne)**
- **Ordonnance du DETEC sur l'attestation du type de production et de l'origine de l'électricité**
- **Ordonnance sur la protection des eaux (OEaux)**

Madame la Conseillère fédérale,

Par la présente, nous nous permettons de vous communiquer notre prise de position par rapport aux révisions mentionnées. En effet, si ces dernières semblent être d'ordre purement technique, elles soulèvent en réalité des **questions politiques** essentielles. Notre position est donc la suivante:

A. Résumé

1. Nous approuvons **en partie** seulement la révision de l'ordonnance sur l'énergie (OEne). La révision concernant la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) doit être ajournée jusqu'à ce que les résultats de son évaluation soient disponibles. L'art. 3a^{bis} doit être abrogé, sans disposition de remplacement.
2. Nous **approuvons** la révision de l'ordonnance du DETEC sur l'attestation du type de production et de l'origine de l'électricité.
3. Nous **rejetons** la révision proposée pour l'ordonnance sur la protection des eaux (OEaux).

B. Procédures suivies

1. Les procédures de consultation et d'audition au sens de la loi fédérale sur la procédure de consultation (Loi sur la consultation, LCo; RS 172.061) représentent des phases importantes dans le processus législatif de la Confédération. Il est important d'associer les cantons et les autres instances ou milieux intéressés en vue de vérifier si les textes proposés sont applicables et susceptibles d'être bien acceptés. En leur qualité de membres et partenaires de l'Etat fédéral, les cantons en particulier partagent avec la Confédération une responsabilité certaine dans la mise en œuvre et l'exécution des projets d'actes fédéraux. Il va donc sans dire qu'ils doivent toujours être invités à participer aux procédures de consultation ou d'audition.
2. On sait depuis longtemps que la manière dont l'Administration fédérale a mené les procédures d'audition a souvent suscité des critiques par le passé. Pour cette raison, le Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) a dernièrement effectué une évaluation en la matière sur mandat des commissions de gestion des deux chambres fédérales. Ainsi, il a analysé, dans neuf cantons choisis pour leur représentativité, la procédure d'audition suivie conformément à l'art. 10 LCo. Les participants aux consultations ou aux auditions ont, à plusieurs reprises, déploré les délais trop courts ou encore regretté le manque de transparence quant au choix des destinataires et à la manière de dépouiller ou de pondérer les prises de position. Ces objets de critiques ont justement été discutés lors de la dernière séance des secrétaires des conférences des directeurs. Force a été de constater que les problèmes soulevés n'ont pas été résolus.
3. Comme en témoignent les projets de révision actuels, l'Office fédéral de l'énergie (OFEN) – tout comme d'autres offices d'ailleurs – n'a une nouvelle fois pas pris en considération les critiques émises. Cette manière de procéder apparaît d'autant moins concevable que ce problème lui avait été mentionné dernièrement par différents cantons, dans le cadre de la révision de l'art. 8 de la loi sur l'énergie (LEne). Ainsi, encore une fois, les Chancelleries d'Etat des cantons n'ont pas reçu les documents relatifs aux procédures mentionnées, bien qu'elles figurent en première position dans la liste de destinataires de l'OFEN. Seuls quelques services administratifs cantonaux triés sur le volet les ont reçus, sans que les gouvernements cantonaux n'en aient été informés. En vertu de l'art. 4, al. 2, LCo – qui s'applique tant pour les consultations que pour les auditions –, les cantons (et les conférences des directeurs cantonaux) figurent en premier dans la liste des personnes ou organisations qui doivent être invitées à donner un avis. En d'autres termes, ils doivent donc être impliqués par voie officielle, c'est-à-dire en passant par les Chancelleries d'Etat. Il n'est pas approprié que l'Administration fédérale sélectionne, selon un raisonnement qui lui est propre, les services au sein des administrations cantonales qui, selon elle, sont habilités à faire partie des instances invitées. Il s'agit là d'une ingérence non admissible par rapport aux compétences et aux structures cantonales. Nous exigeons des offices fédéraux qu'à l'avenir, ils s'adressent aux cantons et aux conférences des directeurs cantonaux conformément aux prescriptions légales et uniquement par les voies officielles, et ce indépendamment de la nature de la procédure (consultation ou audition).

Cela nous amène aux **conclusions** suivantes:

- Les cantons doivent être consultés de manière systématique et uniquement par l'intermédiaire des Chancelleries d'Etat. C'est donc à elles que doivent être envoyés les documents des procédures de consultation ou d'audition.
- En sus des destinataires précités, ces documents doivent également être envoyés aux conférences des directeurs cantonaux.
- Le délai de réponse de trois mois ne doit être raccourci que dans les cas exceptionnels.

C. Aspects matériels fondamentaux

1. Les documents soumis à consultation semblent traiter de questions d'ordre purement technique; ils soulèvent en réalité des questions politiques essentielles, notamment s'agissant de la révision de l'OEne (certaines parties), et surtout, de la révision de l'OEaux.
2. Dans le cadre de la mise en vigueur de la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (LapEI), le Parlement fédéral a décidé d'accroître la production d'électricité provenant d'énergies renouvelables. Ainsi, d'ici à 2030, cette production doit en moyenne être augmentée de 5400 GWh au moins par rapport à celle de l'an 2000, dont 2000 GWh au minimum dans les centrales hydrauliques (art. 1, al. 3 et 4 LEne). Le principal instrument permettant d'atteindre cet objectif est la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) (art. 7a LEne).
3. Le Parlement était conscient du fait que ses objectifs étaient très ambitieux, particulièrement dans le domaine de l'énergie hydraulique. En effet, la réalisation de ces objectifs implique de compenser les pertes de production résultant de l'assainissement des débits résiduels (art. 80 ss LEaux). Par conséquent, 50% des fonds engagés pour la RPC sont réservés aux centrales hydroélectriques d'une puissance inférieure ou égale à 10 MW (art. 7a, al. 4, let. a, LEne).
4. Dans le cadre des négociations entre la Suisse et l'Union européenne (UE) relatives à un accord sur le marché de l'électricité, il est aussi question d'intégrer dans la législation suisse la directive européenne sur la promotion de l'utilisation des énergies renouvelables (directive RES). La Confédération a été mandatée en vue d'analyser les répercussions d'une reprise de cette directive pour la Suisse. En appliquant les mesures qu'il a prévues jusqu'à aujourd'hui, notre pays pourrait augmenter la part des énergies renouvelables (dans les secteurs de la production d'électricité et de chaleur, et dans celui des transports) de 20% (état 2005) à environ 24% en 2020. Cependant, pour remplir les conditions fixées dans la directive RES, ce pourcentage doit atteindre près de 31%¹. Ainsi, pour tenter de s'approcher de cet objectif (même de peu), il faudrait mettre en œuvre sans tarder les mesures déjà décidées dans tous les secteurs concernés (électricité, chaleur et transports), ainsi que pro-

¹ La question de savoir si l'UE concèdera une dérogation à la Suisse reste ouverte. Cependant, la probabilité est faible que ce soit le cas, car si elle le faisait, l'UE se verrait contrainte de pratiquer un régime d'exception pour ses membres également.

poser de nouvelles mesures dans ce sens. Il s'agirait d'écarter clairement les obstacles organisationnels et juridiques en la matière.

5. Pour les raisons évoquées, nous considérons comme **politiquement inacceptable** de mettre les cantons dans la nécessité de résoudre le dilemme suivant, lié à la proposition actuelle de révision:
- les cantons sont priés de veiller à «conserver le plus intacts possible les grands tronçons de cours d'eau naturels ou proches de l'état naturel» (projet de l'art. 43a OEaux),
 - alors que la Confédération – après consultation des cantons – est en train d'élaborer des «critères concernant l'emplacement (d'installations), notamment pour la petite hydraulique et l'énergie éolienne» (projet de l'art. 3a^{bis} OEné).
- a) Hiatus entre objectifs législatifs légitimés par des processus démocratiques et activités développées par des services administratifs: Nous sommes obligés de constater que le fossé s'élargit entre les décisions prises sur le plan législatif par les autorités politiques (sous forme de lois) et les activités menées par des administrations. En effet, le développement des énergies renouvelables a été décidé sur le plan politique, mais les administrations – notamment celles en charge de la législation environnementale – s'ingénient à freiner ou à empêcher la réalisation de ces objectifs en édictant force recommandations et directives qui entraînent un foisonnement de dispositions législatives.
- b) Contournement des processus législatifs en promulguant des prescriptions relevant du «droit mou» (soft law): Au moyen d'ordonnances, de recommandations ou d'aides à l'exécution, les services administratifs tentent d'améliorer a posteriori la législation au niveau des ordonnances ou des modalités d'exécution; les mesures instaurées n'ont cependant pas été débattues par les milieux politiques. Ces «recommandations» ou «aides à l'exécution» – qui relèvent à notre avis du «droit mou» – prennent tout à coup force de loi à la faveur d'un arrêt de tribunal, et ce, sans être cautionnées par la voie législative ordinaire. Nous nous permettons de rappeler que le nombre de demandes relatives à la RPC est connu depuis longtemps. Cependant, les discussions lancées dans le cadre de la mise en vigueur récente de la LEaux révisée se sont bornées à traiter la question sur le plan financier (augmentation de la RPC). En particulier, la question de dispositions légales visant spécifiquement à restreindre le nombre de petites centrales hydroélectriques n'a pas été abordée. Par conséquent, il est parfaitement inadmissible et injustifié que des mesures soient prises à la barbe du Parlement – qui est au courant de la situation sur le plan de la RPC – en passant par la voie d'ordonnances et de recommandations.
- c) Légalité: Dans ce contexte, il ne ressort pas non plus clairement du dossier sur quelles bases légales en vigueur certaines propositions de révision des ordonnances sont fondées.
- d) Lutte-t-on contre les symptômes ou les causes? Si les décisions prises au plan politique concernant l'extension de la production d'électricité à partir des énergies renouvelables et l'application de la RPC devaient véritablement poser des problèmes, il s'agirait de les remettre en discussion sur le plan politique, et non pas d'édicter des ordonnances et des aides à l'application qui les contredisent. Il apparaît que l'on nous propose de combattre des symptômes au lieu de s'attaquer aux causes des problèmes. Nous demandons au contraire que le problème soit résolu à la source.

- e) Déplacement des problèmes et de leurs solutions sur le dos des cantons: Le projet de révision de l'art. 43a OEaux demande que les cantons résolvent au moyen de zones de protection les problèmes que la Confédération a engendrés en instaurant la RPC.
- f) Limitation de la marge d'appréciation des gouvernements cantonaux: Ce sont les cantons qui accordent les concessions et les autorisations pour les centrales hydroélectriques et les éoliennes, ce qu'ils font seulement si le projet répond à toutes les exigences légales. A cet effet, ils examinent notamment la question de la localisation des installations. Or ils sont tout à fait capables d'assumer leurs responsabilités à cet égard. Il est donc inutile que la Confédération élabore des recommandations à ce sujet. Il ne faut pas oublier que les gouvernements cantonaux disposent d'une certaine marge d'appréciation dans leurs décisions. La latitude dont ils disposent ne cesse de se réduire au fur et à mesure que la Confédération édicte ses recommandations tous azimuts. Dans ce contexte, nous nous permettons de souligner que l'OFEN, l'OFEV et l'ARE ont publié le 8 mars 2011 – c'est-à-dire en plein dans la période d'audition – une «Recommandation relative à l'élaboration de stratégies cantonales de protection et d'utilisation dans le domaine des petites centrales hydroélectriques», et ce, sans associer les cantons (!). Cette façon de procéder avec force recommandations n'est pour nous pas tolérable.
- g) Disproportionnalité: Aujourd'hui, les projets de centrales hydroélectriques et d'éoliennes doivent répondre à des critères très sévères sur le plan environnemental pour obtenir un permis de construire. Ce n'est que depuis le 1^{er} janvier de cette année que la nouvelle version, plus contraignante, de la loi sur la protection des eaux (LEaux) est en vigueur. Cette loi et ses ordonnances d'application sont largement suffisantes pour traiter le problème soulevé. Ayant à remplir un trop grand nombre de conditions, de nombreux projets déjà déposés ne pourront pas être autorisés ou seront abandonnés par manque de rentabilité. Il faut donc considérer avec prudence le nombre de projets annoncés. Nous savons, par exemple, que plusieurs projets concurrents ont été déposés concernant le même tronçon de cours d'eau, ou encore que de nombreux projets – même au bénéfice de la RPC – ne s'avèrent pas rentables en raison du trop grand nombre de contraintes techniques ou de conditions environnementales posées par l'administration. Enfin, certains projets n'ont été déposés que pour se réserver une place dans la file d'attente. Il faut en conclure que le nombre de projets ayant de réelles perspectives de réalisation est notablement plus faible que le nombre de projets déposés. Il est totalement disproportionné de mettre sous protection par voie d'ordonnance (!) l'ensemble des tronçons de cours d'eau concernés.
- h) Attendre les résultats de l'évaluation en cours: L'OFEN est en train de procéder à l'évaluation de la RPC selon l'art. 28 LEne. Il est prévu qu'il publie les résultats de son analyse à mi-2012. Nous estimons donc qu'il serait prématuré d'ajuster la RPC avant de connaître ces résultats. Il ne faut pas sous-estimer le risque que ces modifications entraînent des précédents ou des erreurs d'allocation des contributions, des situations qu'il serait ensuite difficile de redresser sur le plan politique. Relevons que l'«alliance» des personnes ou organisations qui profitent de la RPC est large. Ce serait donc une erreur politique que de se laisser imposer une révision de la RPC sans attendre les résultats de l'évaluation susmentionnée. **Il vaudrait beaucoup mieux faire accélérer le processus d'évaluation, de manière à disposer plus rapidement**

d'informations permettant de procéder aux éventuelles adaptations nécessaires. Si les résultats de l'évaluation concluent à la nécessité d'en effectuer, ces modifications devraient à nouveau être soumises à consultation. Même si la pression est forte pour développer les énergies renouvelables, il ne faut pas oublier que les décisions concernant la RPC auront des effets pendant plusieurs générations. Nous sommes d'avis qu'il est nettement préférable de pousser au développement des énergies renouvelables d'une manière viable sur les plans techniques et économiques, en respectant les objectifs définis, plutôt que de se fixer sur des contraintes de calendrier.

D. Considérations de détail

1. Révision de l'ordonnance sur l'énergie (OEnE)

1.1 Art. 3a^{bis} du projet OEnE

Pour les raisons susmentionnées, cet article **doit être abrogé sans remplacement.**

1.2 Rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC)

Avant que ne soient effectués d'autres amendements préjudiciables et ne pouvant être revus, nous demandons que les processus d'évaluation de la RPC soient fortement accélérés et que les révisions ne soient entreprises qu'en s'appuyant sur cette analyse.

Le système actuel de la RPC transfère de nombreux problèmes à l'échelle des cantons, ce qui n'est désormais plus acceptable. Il est urgent de chercher ensemble des solutions qui s'attaquent à la source du problème. Alors seulement les révisions auront du sens.

1.3 Appels d'offres publics

a) A long terme, l'énergie doit être exploitée de manière plus efficiente. A cet effet, il s'agit, d'une part, d'édicter des prescriptions en ce sens concernant les appareils ou les applications. D'autre part, il convient d'adapter les prix pour mieux suivre les règles du marché (régime de l'offre et de la demande). Ces prix doivent ainsi être définis selon des périodes tarifaires applicables à l'énergie, pour inciter à économiser du courant dans les tranches horaires concernées. Lancer des appels d'offres publics pour des mesures d'efficacité dans un marché dont les rouages fonctionnent bien peut conduire à des distorsions de la concurrence, à des effets d'aubaine ou à une inégalité de traitement. Les art. 4 ss OEnE, qui ne tiennent pas assez compte des exigences susmentionnées, doivent être énoncés de manière plus concrète. Des formulations telles que «avec un rapport coûts-utilité aussi bon que possible», «une accélération de la mise sur le marché de nouvelles technologies», ou encore «de certains domaines» ne permettent pas de fixer un cadre clair. En particulier, elles ne permettent pas d'assurer la sécurité du droit et des investissements. Aussi des conditions concrètes doivent-elles être fixées.

b) Les expériences faites jusqu'ici avec les appels d'offres publics n'ont pas fait leurs preuves. C'est pourquoi de nouveaux domaines sont recherchés pour ces démarches. Sur la base des enquêtes menées, force est de constater

qu'une concurrence non souhaitable existe, elle-aussi, dans les systèmes d'encouragement existants (soutien par appels d'offres publics par opposition aux aides financières par les contributions globales). Dans ce domaine, la coordination n'est pas satisfaisante. Nous demandons donc à ce que ces appels d'offres fassent l'objet d'une évaluation, et que les dispositifs d'encouragement soient coordonnés correctement entre eux, afin d'éviter toute concurrence. L'ordonnance pourra seulement être modifiée lorsque ces deux conditions seront respectées.

1.3 Contributions globales

- a) Dans le projet d'art. 16a OEn sont définies les «règles du jeu» pour les contributions globales allouées aux activités d'information et de conseil. Pour éviter tout subventionnement à double, il est prévu que l'al. 1, let. c, de ce même article stipule que les contributions globales au sens de l'art. 14a LEn ne peuvent être allouées que si le canton ne perçoit pas déjà de contributions globales conformément à l'art. 15 de la loi. Concrètement, cela signifie, par exemple, que tous les cours ou formations dispensés ne pourront plus bénéficier d'une aide de la Confédération si des contributions globales sont attribuées pour promouvoir les énergies renouvelables. Si cette forme générale d'exclusion est intentionnelle (nous espérons que ce n'est pas le cas), elle n'est pas conforme.
- b) En vertu de ce qui précède, l'art. 16a, al. 1, let. c, OEn doit être formulé de manière que l'impossibilité de recevoir une subvention à double ne s'applique qu'à deux mesures exactement semblables. Voici notre suggestion à ce propos: «c. ne perçoit pas déjà des contributions globales conformément à l'art. 15 de la loi, pour le même type de mesures concrètes.

2. **Révision de l'ordonnance sur la protection des eaux (OEaux)**

Le projet d'art. 43 OEaux doit être **supprimé sans disposition de remplacement**. Comme mentionné précédemment (chapitre B.), d'une part, ce projet ne repose sur aucune base légale existante. D'autre part, il fait assumer aux cantons la résolution du problème mentionné, ce que nous ne sommes pas disposés à accepter. La disposition proposée est disproportionnée; elle interfère avec l'indépendance des cantons et diminue la marge d'appréciation des gouvernements cantonaux. L'application des dispositions existantes de la LEaux et de l'OEaux suffit déjà à réduire le nombre de projets approuvés pour l'obtention de la RPC à un nombre défendable de projets qui seront effectivement réalisés. Lorsqu'un projet est jugé comme habilité à recevoir la RPC, cela ne signifie de loin – pas qu'il pourra nécessairement être réalisé en vertu de la législation qui s'applique.

3. **Ordonnance du DETEC sur l'attestation du type de production et de l'origine de l'électricité**

Nous approuvons cette révision.

1.) Révision de l'ordonnance sur l'énergie (OEne)

- Nous rejetons dans son intégralité l'art 3a^{bis} OEne tel qu'il est proposé et demandons qu'il soit **supprimé sans le remplacer**.
- La révision des dispositions relatives à la RPC **doit être ajournée** jusqu'à ce que son évaluation soit terminée. Elle pourra être remise en consultation uniquement après prise en compte de cette analyse. Les processus d'évaluation doivent donc être **accélérés**. **Il est primordial et urgent de proposer une révision qui résoudrait les problèmes à leur source**.
- Les dispositions révisées de l'OEne relatives aux domaines mentionnés ci-dessous doivent être **reformulées** selon les indications ci-dessus:
 - a) Appel d'offres publics (projets d'art. 4, 4^{bis}, 4^{ter} et 5 du projet d'ordonnance OEne)
 - b) Contributions globales pour les informations et les conseils, ainsi que pour la formation et le perfectionnement (projets d'art. 16a, 16b, 17 et 18 de l'OEne)

2.) Révision de l'ordonnance sur la protection des eaux (OEaux)

Nous rejetons dans son intégralité l'art 3a^{bis} OEne tel qu'il est proposé et demandons qu'il soit **supprimé sans le remplacer**.

3.) Ordonnance du DETEC sur l'attestation du type de production et de l'origine de l'électricité

Nous **approuvons** cette révision.

En vous remerciant de l'intérêt que vous porterez à nos requêtes et en espérant que vous y accéderez, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'assurance de notre haute considération.

**CONFÉRENCE DES DIRECTEURS
CANTONAUX DE L'ÉNERGIE**

Le Président:



Beat Vonlanthen, conseiller d'Etat

Le Secrétaire général:



Fadri Ramming, lic. en droit

Copie pour information:

- aux gouvernements cantonaux
- aux membres de l'EnDK
- aux membres de l'EnFK
- DTAP