

Réseaux thermiques à l'exemple du monopole de SIG

Notions, cadre légal et questions ouvertes

**Nicolas Wisard
Dr en droit, avocat**

B · M · G
AVOCATS

Plan de l'exposé

- **Notions**
- **Intérêts des réseaux pour la transition écologique**
- **Cadre légal général**
- **Réseaux et monopoles**
 - **Types de monopoles**
 - **Monopole SIG**
 - **Bases constitutionnelles et légales genevoises**
 - **Étendue**
 - **Actes de mise en œuvre**
- **Questions principales**
 - **Constitutionnalité du principe monopole ?**
 - **Risque d'ouverture «forcée» à la concurrence ?**
 - **Tarification: paramètres ?**
 - **Obligation de raccordement: étendue et proportionnalité ?**

Notions

LEn-GE (RSGE L 2 30)

Art. 6 Définitions

Energies renouvelables

¹ Sont considérées comme des énergies renouvelables l'énergie hydraulique, l'énergie solaire, l'énergie géothermique, la chaleur ambiante, l'énergie éolienne ainsi que l'énergie tirée de la biomasse et des déchets de biomasse.

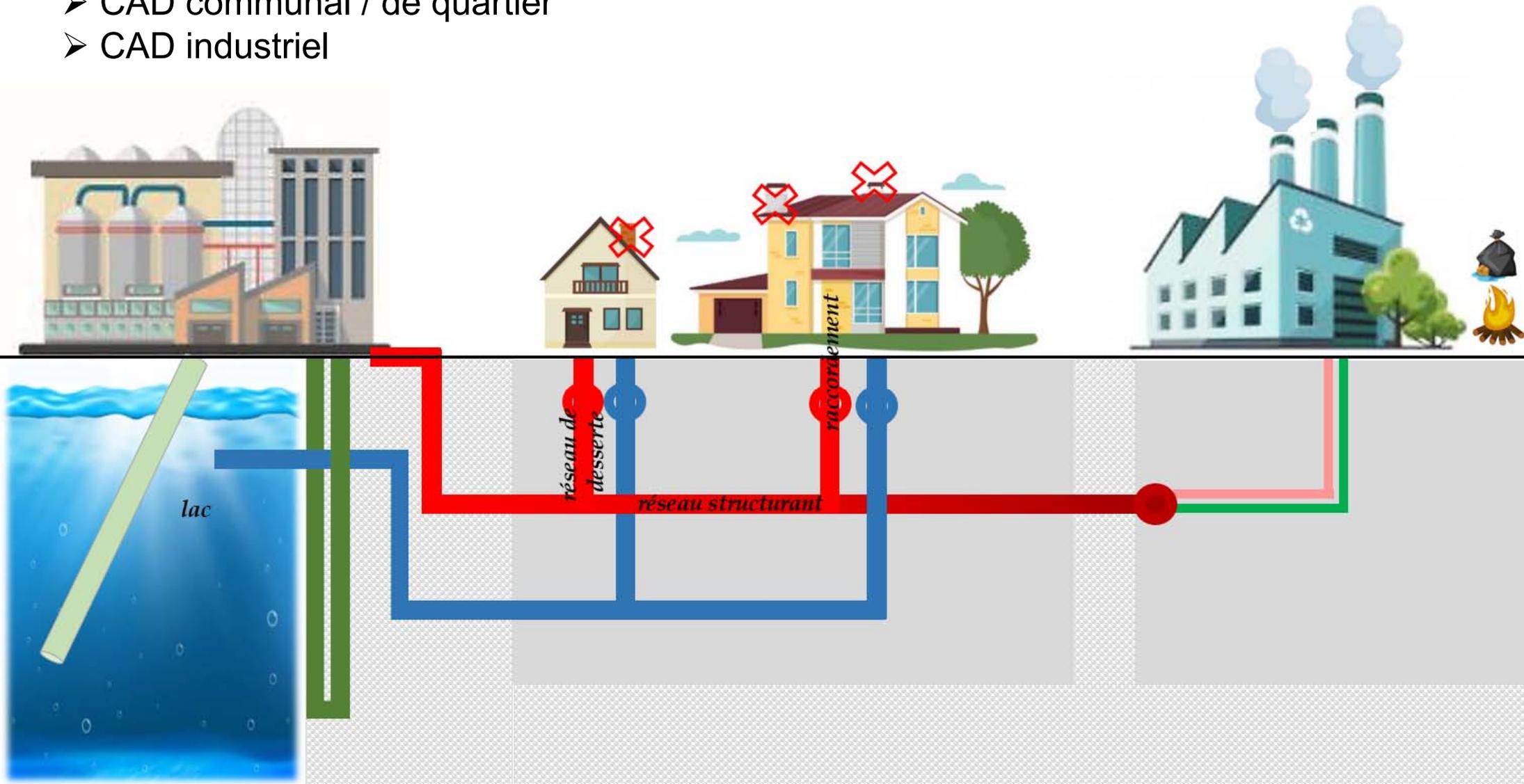
Energies de réseau

² Par énergies de réseau, on entend l'énergie amenée à l'utilisateur par les réseaux de transport de gaz, d'électricité ou d'énergie thermique des Services industriels ou d'un autre gestionnaire de réseau.

Réseau-type

Exemples-types :

- Cadiom
- GeniLac
- CAD communal / de quartier
- CAD industriel



Intérêt des réseaux pour la transition écologique (1)

Politique énergétique

- **Efficiences dans l'utilisation des ressources énergétiques (art. 1 al. 2 let. b LEn; art. 6 al. 5 LEn-GE [*«Par utilisation rationnelle de l'énergie, on entend une utilisation caractérisée par un rendement exergétique optimisé qui minimise la consommation d'énergie pour un besoin donné»*]):**
 - valorisation des rejets
 - effet d'échelle

Politique climatique

- **Situation genevoise actuelle (2018) :**
 - Immobilier : > 50% de l'énergie thermique
 - 90% du chauffage et de la production d'ECS des bâtiments par énergies fossiles

Intérêt des réseaux pour la transition écologique (2)

- **Décarbonisation recherchée dans et par les réseaux à Genève :**
 - Réseaux alimentés à 80% par EnR&R en 2030 – 100 % en 2050 (Plan directeur de l'énergie GE 2020, fiche 5.1) : évolution des sources énergétiques: UIOM + appoint gaz => eau (lac), géothermie, ...
 - Réduction CO₂ : 133'000 tonnes visées d'ici 2030

- **Conditions :**
 - Sources énergétiques exploitables
 - Développement territorial des réseaux
 - Raccordement des usagers

Cadre légal fédéral (1)

Cst. féd. (RS 101) : art. 89 (Energie) principalement : compétence concurrente Confédération/canton

LEne (RS 730):

- Projet 2013, art. 11 (FF 2013 6877) : concept de développement des ER – non abouti
- Droit d'expropriation applicable pour les installations d'intérêt public destinées à l'utilisation des rejets de chaleur (art. 69)
- Subventionnement (art. 50)
- Pas de prescriptions topiques sur le raccordement et l'exploitation

LCO₂ (RS 641.71) :

- Contributions financières fédérales aux cantons pour le soutien aux réseaux de chauffage à distance valorisant les rejets de chaleur (art. 34 LCO₂ avec art. 50 LEn)
- Habilitation au SEQE pour les entreprises participant à des réseaux (art. 15 al. 1)
- Accès aux certificats de réduction des émissions (art. 5 ss OCO₂)

Cadre légal fédéral (2)

LApEI (RS 734.7): inapplicable même par analogie et même si le réseau/l'énergie distribuée repose sur un appoint électrique (Obergericht ZU, LB110078-O/U du 4 février 2015, consid. 6.3)

LAT (RS 700):

- Art. 6 al. 4 let. b bis : études de base du PDCant
- Art. 8b: contenu minimum du PDCant en matière d'énergie (sites de production) – cf. p. ex. 147 II 164 (Grimsel)
- Révision LAT 2, projet art. 3 al. 5: abandonné
- Art. 19: l'équipement ne comprend pas l'apport d'énergie thermique (ZBI 97/1996 p. 456)
- Art. 22: autorisation de construire (?)

LITC (RS 746.1): non applicable

➤ **En l'état : pas de réglementation fédérale d'ensemble de la planification, de la construction et de l'exploitation des réseaux thermiques**

Monopoles: types (1)

Monopole de fait

Monopole domanial de l'Etat (canton/commune)

ATF 145 II 303, consid. 6.1.1 : « *On appelle monopole de fait la situation où l'Etat, en raison de sa souveraineté sur le domaine public, est en mesure d'exercer seul une activité économique nécessitant un usage particulier du domaine public, sans avoir à créer une base légale pour exclure les particuliers de l'activité en cause; son fondement n'est pas la loi, mais la maîtrise générale sur les biens publics* »

Ex: GeniLac en l'état; CADIOM (cf. Loi n° 8064: concession mixte ?)

A distinguer du monopole naturel – notion économique

Monopole de droit indirect

Par obligation de raccordement des riverains

P. ex. dans le cadre des plans d'affectation

MoPEC 2014 : art. 10.4 al. 4

GE : combinaison des CET (art. 6 LEne-GE) et des PLQ (art. 3 al. 1 let. f LGZD/LExt), mettant en œuvre l'art. 22 LEne-GE actuel

Monopoles: types (2)

Texte de l'art. 22 LEn-GE actuel :

Art. 22 Réseaux énergétiques et raccordement (teneur du 7.3.2010, actuellement en vigueur)

¹ Le Conseil d'Etat peut prescrire, conformément au plan directeur des énergies de réseau et aux concepts énergétiques territoriaux issus de la coordination des planifications cantonales, la création d'un réseau de distribution d'énergie thermique alimentant :

- a) les nouveaux bâtiments;
- b) les bâtiments existants lorsque :
 - 1° le bâtiment fait l'objet de transformations importantes, ou
 - 2° les installations thermiques et notamment celles de chauffage, de production d'eau chaude ou de climatisation sont renouvelées ou modifiées.

² L'obligation de raccordement peut être imposée si :

- a) le réseau correspond à une utilisation plus rationnelle de l'énergie que les autres sources d'énergie envisageables;
- b) elle satisfait pour l'utilisateur au principe de la proportionnalité.

(...)

Monopoles: types (3)

Monopole de droit direct

Activité réservée en exclusivité à l'Etat – sous réserve de concession

Combinable avec une obligation de raccordement

[Eventuellement assorti d'une obligation de prestation et raccordement à charge de l'exploitant (concessionnaire)]

Monopole SIG : Fondement constitutionnel

Art. 168 al. 2 nCst-GE : L 12'895 acceptée en votation du 13.2.2022; **entrée en vigueur à fixer**

² **L'énergie thermique** distribuée et fournie par les **réseaux thermiques structurants**, ainsi que le **déploiement** de ces derniers, constituent également un **monopole** cantonal dans la mesure permise par le droit fédéral.

³ Ces monopoles peuvent être délégués à une institution de droit public. Celle-ci offre également d'autres prestations en matière de services industriels, notamment la fourniture du gaz et de l'énergie thermique dans les réseaux non structurants, ainsi que le traitement des déchets.

Base constitutionnelle cantonale choisie pour éviter toute discussion sur la portée de l'art. 168 Cst-GE actuel (réseaux thermiques non inclus lors des travaux de la Constituante) et garantir la cohérence des missions légalement déléguées à SIG.

Monopole SIG : base légale formelle

Art. 22 nLEn-GE (L 12'896, **entrée en vigueur à fixer) : concession légale pour les réseaux thermiques structurants ...**

³ Les Services industriels ont pour tâche de déployer et d'exploiter les réseaux thermiques structurants sur le territoire du canton ainsi que de fournir l'énergie thermique distribuée, sous leur responsabilité et sous la surveillance du Conseil d'Etat.

⁴ Les Services industriels **bénéficient sur les réseaux thermiques structurants de droits exclusifs** pour réaliser les tâches mentionnées à l'alinéa 3. Ils ont en parallèle l'**obligation de réaliser ces réseaux** conformément au plan directeur de l'énergie et au plan directeur des énergies de réseau, ainsi qu'aux conditions suivantes :

- a) ils sont **tenus de raccorder** tous les points de raccordement (...)
- b) ils sont tenus de facturer la fourniture et la distribution de l'énergie thermique à des **tarifs économiquement supportables** (...)
- c) ils sont tenus de reprendre et de rétribuer l'énergie thermique indigène renouvelable et de récupération produite par des tiers pouvant être injectée dans les réseaux thermiques structurants (...)

Monopole SIG : étendue territoriale et *ratione materiae*

Art. 22 LEn-GE

² [Les réseaux thermiques structurants (RTS)] relient les ressources énergétiques centralisées aux principaux quartiers, pôles d'habitation et d'activités du canton. Ils s'étendent jusqu'aux points de raccordement, tels que les sous-stations de bâtiments, de quartiers ou de réseaux de tiers, qui peuvent se trouver sur le domaine privé. Ils sont nommés et cartographiés dans le **plan directeur des énergies de réseau**.

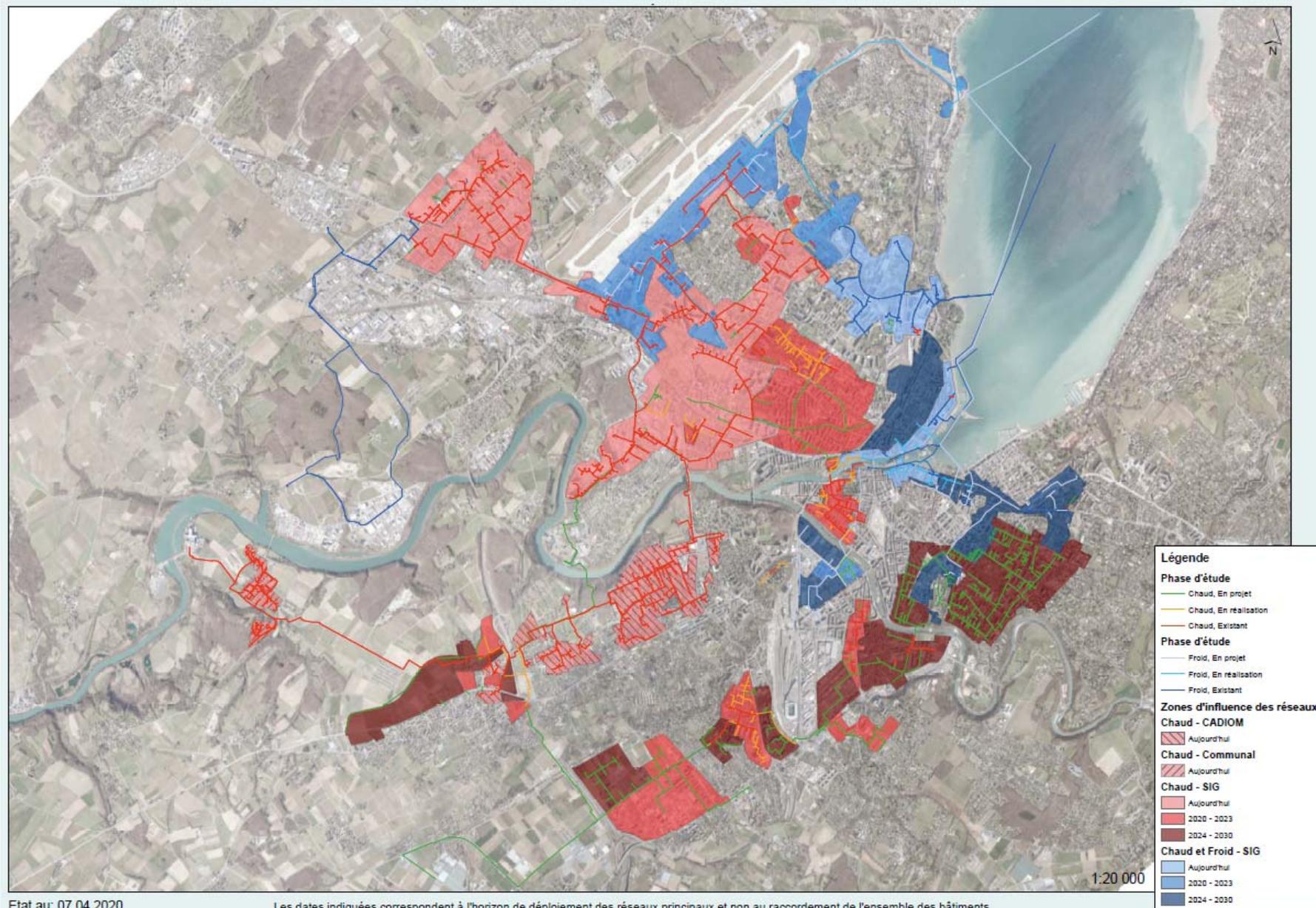
Art. 168 al. 3 Cst.-GE

³ [SIG] offre également d'autres prestations en matière de services industriels, notamment la fourniture du gaz et de l'énergie thermique dans les réseaux non structurants, ainsi que le traitement des déchets.

- Monopole cantonal (monopole de droit direct)
- Limité matériellement aux RTS (par opposition aux RTNS)
- Etendue progressive fixée par le PDER : détermine le périmètre de l'obligation de raccordement (valant monopole de droit indirect)

Monopole SIG : étendue territoriale des RTS

Carte du plan de déploiement
des réseaux thermiques structurants

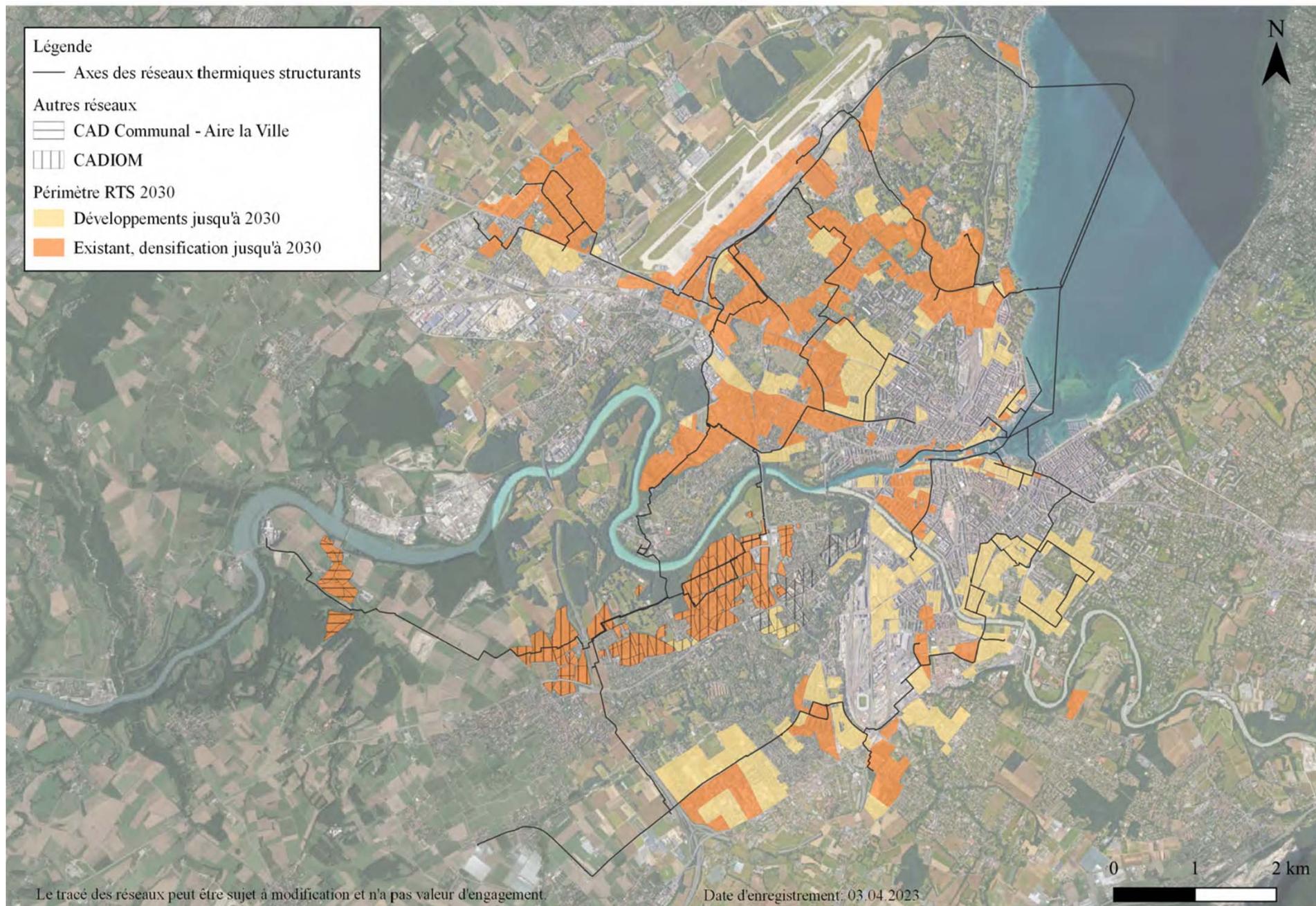


Etat au: 07.04.2020

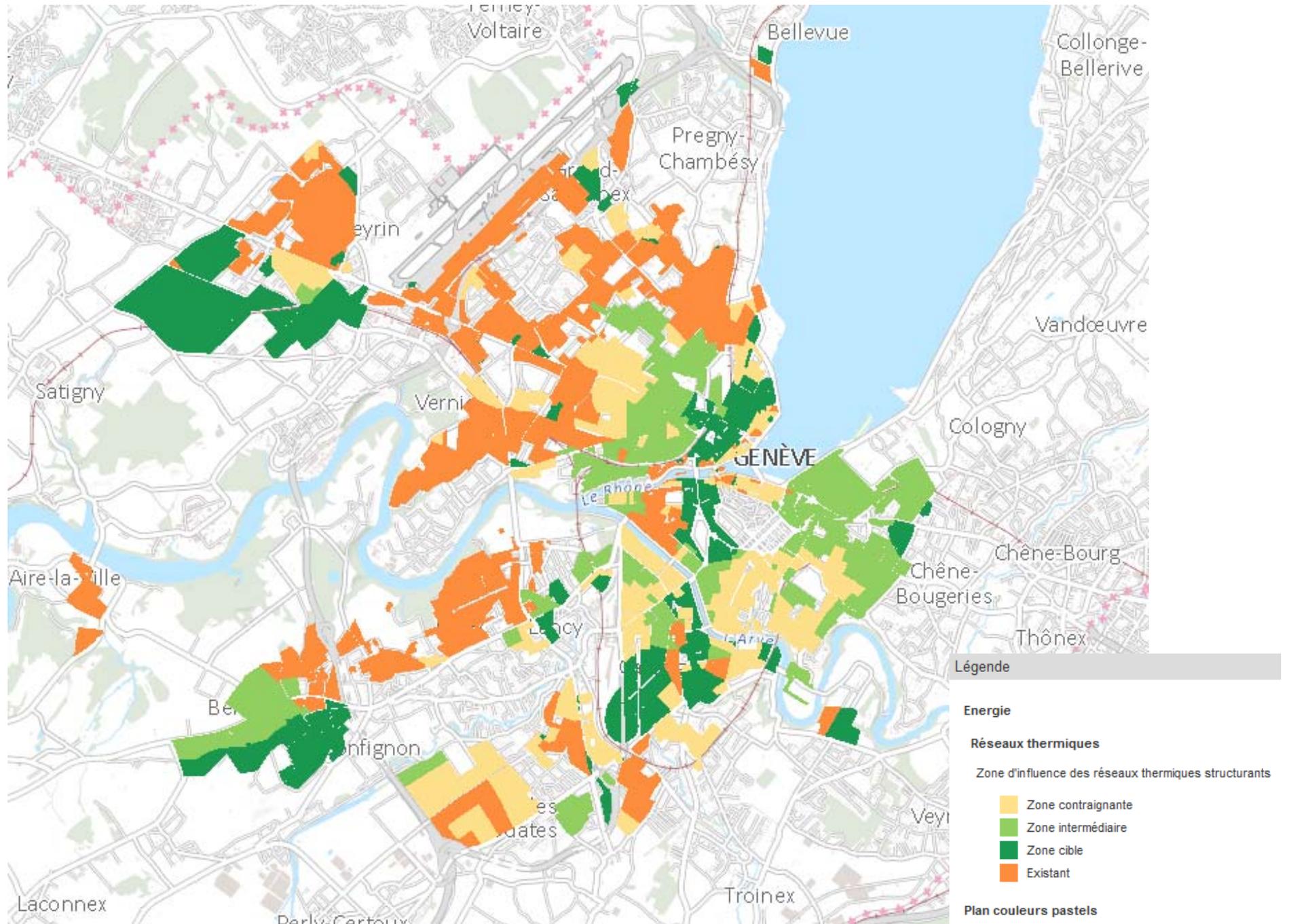
Les dates indiquées correspondent à l'horizon de déploiement des réseaux principaux et non au raccordement de l'ensemble des bâtiments.
Les tracés des réseaux en projet sont susceptibles d'être modifiés.

Monopole SIG : étendue territoriale des RTS

Développement des réseaux thermiques structurants 2030



Monopole SIG : étendue territoriale des RTS



Monopole SIG : dispositions nécessaires à la mise en œuvre

Entrée en vigueur de l'art. 168 nCst-GE (L 12895) et de l'art. 22 nLEn-GE (L 12896) en attente de :

- Règlement d'application : précisions dans le REn-GE quant aux modalités de mise en œuvre de l'art. 22 LEn-GE
- Règlements SIG relatif aux raccordements et rapports d'usage sur les RTS (?)
- Tarifs : approbation par le Conseil d'Etat (art. 22 al. 4 let. c *in fine* nLEn-GE) après consultation de la commission consultative sur les RTS (art. 22 al. 8-9 nLEn-GE)

Question 1 : Constitutionnalité du monopole (1)

Monopole de droit direct

1. Conformité aux art. 27 et 94 Cst. :

- Interdiction d'instituer des monopoles *dérogeant* à la liberté économique sans habilitation dans la Constitution fédérale (ou droit régalien historique) : but protectionniste ou de planification économique
- Admissibilité (de principe) des monopoles cantonaux *restreignant* la liberté économique pour des motifs de police (ATF 124 I 11 : ECAs ; ATF 109 la 193 : ramonage), de politique sociale ou de protection de l'environnement (ATF 132 I 282 : Energie-eau : notre affaire)
- Inadmissibilité des monopoles à fins fiscales (ATF 128 I 3 : affichage sur domaine privé)

⇒ **Critère déterminant : but du monopole**

En l'espèce, cf. art. 22 nLEn-GE :

¹ Les réseaux thermiques structurants visent à maximiser l'exploitation des énergies renouvelables et de récupération de chaleur indigènes. Ils sont déclarés d'utilité publique.

Question 1 : Constitutionnalité du monopole (2)

2. Respect des conditions de l'art. 36 Cst.

- Base légale (formelle)
- Intérêt public : analogie avec la reconnaissance de validité des monopoles indirects des réseaux thermiques, reconnus d'intérêt public sous l'angle de l'art. 89 (TF, Monthey) et des art. 73 et 74 Cst (p. ex. TA SO VWBES.2016.162 du 15.3.2017, c. 6)
- Proportionnalité :
 - Aptitude : présumée vu l'efficacité des RTS – s'ils distribuent des EnR&R
 - Subsidiarité/Nécessité : à discuter en termes de :
 - Bénéfice environnemental des RTS en comparaison des solutions énergétiques décentralisées
 - Restriction à la concurrence pour les autres fournisseurs d'énergies
 - Impact à charge des propriétaires : à voir par les conditions de l'obligation de raccordement des propriétaires

Question 1 : Constitutionnalité du monopole (3)

Monopole de droit indirect (obligation de raccordement)

Conformité aux art. 27 et 36 Cst. : TF, 1C_441/2011 du 9 mars 2012 (Monthey)

5.1 [...] dans le cadre fixé par le droit fédéral et cantonal, les communes valaisannes [...] peuvent notamment [...] développer des réseaux de chauffage à distance. Des mesures d'aménagement du territoire prises à cet effet ne sont pas contraires aux buts et principes des art. 1 et 3 LAT. [...] il incombe en effet aux autorités de soutenir par des mesures d'aménagement les efforts en vue de garantir des sources d'approvisionnement suffisantes dans le pays (art. 1 al. 2 let. d LAT), [...] notamment [...] en énergie (cf. ATF 132 II 408 consid. 4.5.1 p. 420).

5.2 Dès lors, [...] il n'y [a] pas de raison d'exclure par principe la possibilité de planifier un réseau de chauffage à distance au moyen de mesures d'aménagement spatial.

6.2 [compatibilité à la liberté économique, art. 27/36 al. 1 Cst.] S'agissant de la pesée des intérêts, il est manifeste que **l'intérêt public à privilégier le recours à une énergie indigène, renouvelable, compatible avec les impératifs de la protection de l'environnement et inexploitée à l'heure actuelle, est prépondérant sur les intérêts privés, de nature purement économique, dont se prévaut la recourante** (cf. art. 89 Cst. et art. 1 LcEne).

Question 2 : Ouverture du réseau à la concurrence des producteurs énergétiques ? (1)

Jurisprudence

- ATF 129 II 497 (EEF c/ Watt Suisse AG, Migros, ComCo) : ouverture du réseau d'électricité aux tiers par l'art. 7 LCart (théorie des essential facilities : abus de position dominante du gestionnaire d'un réseau de distribution d'électricité à refuser le « transit » d'énergie de tiers)
- Art. 3 al. 1 let. a LCart : réserve des prescriptions établissant un régime de marché de caractère étatique « lorsque l'intention du législateur était d'exclure effectivement un secteur donné de la concurrence » - intention niée pour l'électricité, autant dans la législation fédérale que cantonale (ATF 129 II 497, consid. 4-5)
- ATF 132 I 282 (Energie-eau : notre affaire) : validation de l'initiative populaire visant à réserver à SIG le monopole de distribution de l'électricité (cf. aujourd'hui : art. 168 al. 1-2 Cst.-GE) par raisonnement en « amont » de l'art. 3 al. 1 LCart (consid. 3.7)

Question 2 : Ouverture du réseau à la concurrence des producteurs énergétiques ? (2)

Doctrine (Seydoux, Zufferey) :

- Configuration physique des réseaux thermiques non comparable avec l'électricité (étendue géographique ; équilibrage du réseau) : liberté de raccordement (et livraison) des producteurs de chaleur ingérable
- Modèle économique délicat, fondamentalement perturbé par l'intrusion de tiers
 - ⇒ Transposition de l'ouverture LCart des réseaux thermiques insoutenable
 - ⇒ N'exclut pas une ouverture régulée

Solution légale médiane à Genève:

Obligation de reprise de l'énergie injectable (art. 22 al. 4 let. c nLEn):

[Les SIG] sont tenus de reprendre et de rétribuer l'énergie thermique indigène renouvelable et de récupération produite par des tiers pouvant être injectée dans les réseaux thermiques structurants, permettant de maintenir une exploitation énergétique performante, efficace et n'entraînant pas de perturbation majeure de ceux-ci. Ces tarifs sont approuvés par le Conseil d'Etat, après consultation de la commission instituée par l'article 22, alinéa 8.

Question 3 : Tarification (1)

Paramètres de droit fédéral :

- Pas de régulation spécifique dédiée (de type ElCom)
- Principes constitutionnels de la couverture des coûts et de l'équivalence :
 - Applicables aux tarifs des réseaux publics (nature de charge de préférence)
 - Large marge de manœuvre dans la configuration du mécanisme de financement, mais exclusion de la réalisation d'un bénéfice (autre que minime ; p. ex. ATF 126 I 180, consid. 3.a.aa)
- Loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPr; RS 942.20):
 - Consultation obligatoire du Surveillant des prix et obligation de justification du refus de suivre les recommandations (art. 14 LSPr)
 - Pas de recommandation-type du Surveillant des prix établie pour les réseaux thermiques en l'état (cf. panorama exposés in Newsletter 8/2014; recommandations ponctuelles – p. ex. Newsletter 1/2017)
 - Diversité des modèles appliqués en Suisse (cf. Surveillant des prix, Newsletter 8/2014) quant à la structuration et au montants des tarifs
 - Analyse du domaine en cours (2023)

Question 3 : Tarification (2)

Critères légaux de formation des tarifs (art. 22 al. 4 let. b nLEn-GE) : couverture des coûts d'investissement et de renouvellement, des capitaux, d'entretien et d'exploitation et des énergies, « en tenant compte des coûts environnementaux » :

- coûts d'investissements, de renouvellement, d'entretien, et d'exploitation : problématique de la détermination de l'assiette (territoriale et temporelle) déterminante et des durées d'amortissement
- coûts des capitaux (cf. aussi la convention d'objectifs Etat-SIG 2020-2024, art. 9 : notion de WACC – coût moyen pondéré du capital) : y incluse une marge de profit – approche en « cost plus » (? ; cf. Romano/Hochmuller/Faessler, 2020, UNIGE)
- coût de l'énergie : problématique du *pricing* des énergies de rejets (cf. Rapport Cour des comptes n° 144, CADIOM, déc. 2018)
- «en tenant compte des coûts environnementaux» : impacts environnementaux positifs de la réalisation des RTS sur la mutation énergétique (PL 12895/6-A p. 39 : « ... le raccordement sur le réseau va permettre de retirer du fossile à des endroits où, sans réseau, cela n'aurait pas été possible. C'est cet impact environnemental que le réseau va pouvoir apporter »).

Question 4 : Obligation de raccordement (1)

Art. 22 al. 6 nLEn-GE:

⁶ Le raccordement à un réseau thermique structurant peut être imposé par l'autorité compétente, notamment dans le cadre d'une demande d'autorisation de construire ou d'un changement d'installation de production thermique si les conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- a) le raccordement au réseau thermique structurant permet une utilisation plus rationnelle de l'énergie que les autres sources d'énergie envisageables;
- b) le raccordement au réseau thermique structurant satisfait pour l'utilisateur au principe de la proportionnalité.

Exigibilité de l'obligation de raccordement si:

1. parcelle située dans un périmètre de développement RTS
NB: anticipation des RTS par mesures provisoires selon l'art. 14 al. 2 LEn-GE
2. projet constructif faisant l'objet à autorisation de construire ou un changement d'installation de production thermique ?
3. utilisation plus rationnelle de l'énergie et
4. respect de la proportionnalité «pour l'utilisateur»

Question 4 : Obligation de raccordement (2)

2. Obligation de raccordement déclenchée par une intervention du propriétaire sur le bâtiment concerné ?

- Texte ambigu: «*notamment* dans le cadre d'une demande d'autorisation ou d'un changement d'installation de production thermique»
- PL 1295/6 p. 19: «principalement» pour 1) autorisation pour bâtiment neuf ou rénové; 2) autorisation pour changement d'installation de production de chaleur ou de froid.
- Solutions diverses dans les cantons:
 - BE (KEnG 2012): seulement en cas de nouvelle construction ou de modification avec incidence sur les besoins énergétiques (BVR 2016 222)
 - SO (Stadt): seulement en cas de remplacement complet du système de chauffage (TA SO VWBES.2016.162 du 15.3.2017, c. 7.3.3)
- Interprétation conforme à la garantie de la propriété (art. 26 Cst.):
 - Analogie avec l'interdiction des chauffages électriques (TF, arrêt 1C_37/2022 du 23.3.2023, Zurich)
 - Importance de la temporalité: prévisibilité de la mutation et échéance de la durée de vie économique des installations (TF, arrêt 1C_391/2022 du 3.5.2023, Hochdorf LU)
- Impossibilité d'étendre l'obligation aux bâtiments existants indépendamment d'un changement constructif autonome, faute de base légale suffisamment claire ?

Question 4 : Obligation de raccordement (3)

3. Utilisation plus rationnelle de l'énergie

- Art. 6 al. 5 LEn-GE:
 - Par utilisation rationnelle de l'énergie, on entend une utilisation caractérisée par un rendement exergetique optimisé qui minimise la consommation d'énergie pour un besoin donné.
- Art. 21 LEn-GE et art. 13m REn-GE: interdiction de principe des installations productrices de chaleur à base de combustibles fossiles
- Comparaison d'efficiences (kWh) entre agents énergétiques renouvelables envisagés pour des situations de nouvelles constructions ou renouvellement de chaufferies
- Concept (et condition) déjà connu, propre au droit de l'énergie

Question 4 : Obligation de raccordement (4)

4. Respect du principe de la proportionnalité pour l'utilisateur

- Proportionnalité eu égard à la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) et non la liberté économique (art. 27 Cst., sans protection pour le consommateur d'énergie; p. ex. TA SO VWBES.2016.162 du 15.3.2017, c. 8)
- Non pas *équivalence* aux coûts des alternatives énergétiques (comp. ZH: BRKE II Nr. 0132/2002 du 11.6.2002)
- TF 1P.193/1994 in ZBI 1995 p. 272 ss (Mooseedorf BE): + 50% excessif (pour raccordement à un CAD non desservi en EnR&R)
- MoPEC 2014, art. 10.4 al. 7: «à des conditions techniques et économiques raisonnables»
- TA SO VWBES.2016.162 du 15.3.2017, c. 7.3.3: + 10% de coûts admissibles selon réglementation locale
- Quid de l'impact environnemental positif (art. 22 al. 4 let. b nLEn-GE) ?
 - Concept conçu en réalité pour influencer l'appréciation de la proportionnalité des coûts (cf. PL 12895/6A, p. 39: comparaison des solutions RTS/décentralisée)
 - Problème de mutualisation des coûts au profit des futurs raccordés ?
 - Bénéfice environnemental (chiffable pour le propriétaire) difficile à appréhender ... tant que l'obligation de raccordement ne contraint pas à une sortie *anticipée* du fossile.

Observations conclusives

- **RTS: révolution (urbaine) pour Genève – mais panacée relative à l'échelle suisse**
- **Mais révolution tranquille même si SIG avance au pas de charge: au gré de la durée de vie des installations existantes**
- **Urgence climatique: nécessitera une option plus incisive du législateur pour forcer l'abandon du chauffage fossile**
- **Acceptabilité des coûts:**
 - **seuil de douleur par rapport à la garantie de la propriété à faire évoluer ?**
 - **À appréhender également sous l'angle de la répartition de la charge entre propriétaires et utilisateurs finaux**
- **... à faciliter par le subventionnement public (cf. ATF Hochdorf) ?**

Merci pour votre attention !

B · M · G
AVOCATS