



Commentaire concernant l'ordonnance sur la garantie des capacités de livraison en cas de pénurie grave de gaz naturel

1. Contexte

Du fait de la situation actuelle sur le plan de la politique de sécurité dans l'Est de l'Europe, il existe des risques considérables que l'approvisionnement du pays en gaz naturel ne puisse plus être assuré durant l'hiver 2022/2023. Le 4 mars 2022, le Conseil fédéral a par conséquent chargé le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) et le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) de veiller, en collaboration avec le Secrétariat de la Commission de la concurrence (COMCO), à ce que le secteur gazier soit le plus rapidement possible en mesure de faire des achats groupés de gaz naturel et gaz naturel liquéfié ainsi que de réserver conjointement des capacités de terminal et de stockage sans craindre de conséquences découlant du droit des cartels (EXE n° 2022.0306). Il est prévu que seules des mesures préventives limitées dans le temps (réserves de gaz pour 2022/2023) puissent bénéficier d'une garantie à cet égard.

En vertu de son mandat d'approvisionnement (cf. art. 3, al. 1, de la loi sur l'approvisionnement du pays [LAP ; RS 531]), la branche économique concernée doit prendre les dispositions qui s'imposent. Si nécessaire, la Confédération peut obliger les entreprises à prendre certaines dispositions en vue d'assurer l'approvisionnement (art. 5, al. 4, LAP).

En l'état, la réglementation proposée se borne à fixer les principes les plus importants tout en empiétant le moins possible sur la liberté d'action des entreprises assujetties à l'ordonnance.

La Confédération part en outre du principe que l'accomplissement des obligations de garantir l'approvisionnement, et bien entendu, les activités commerciales en aval, se déroulent et peuvent se dérouler dans un cadre concurrentiel, à savoir notamment sans discrimination. Compte tenu des bases légales formelles en vigueur et des conditions qui prévalent, la loi sur les cartels s'applique à l'ensemble des dispositions de la présente ordonnance. La législation ne ménage pas au Conseil fédéral la possibilité de prévoir une disposition dérogatoire par voie d'ordonnance fondée sur la LAP hors du cadre des mesures d'intervention économique. Pour autant que les entreprises prennent les mesures nécessaires pour diminuer les coûts de distribution (par exemple par l'achat groupé de gaz naturel), et qu'aucune possibilité de supprimer une concurrence efficace ne leur est offerte, on peut en déduire que leur pratique sera justifiée par des motifs d'efficacité économique. Les activités en question ne seraient guère problématiques sous l'angle du droit de la concurrence. Enfin, il convient d'évoquer l'art. 8 de la loi sur les cartels (RS 251), qui prévoit que les pratiques dont la COMCO a constaté le caractère illicite peuvent être autorisées par le Conseil fédéral si, à titre exceptionnel, elles sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants.

Soulignons à cet égard que, d'un point de vue strictement juridique, des prix élevés ne justifient en principe jamais une mesure de l'Approvisionnement économique du pays, tout comme des prix élevés ne constituent pas un motif suffisant pour ne pas remplir les obligations découlant de la LAP.

En revanche, si, en raison d'une augmentation extrême des prix du marché, des mesures d'entreprises qui contribuent substantiellement à l'approvisionnement en biens ou services vitaux en cas de pénurie déclarée ou imminente ne peuvent pas être financées (en amont) par ces entreprises et devraient, par la force des choses, être abandonnées, un encouragement ou soutien financier de ces entreprises par la Confédération peut s'avérer d'intérêt public (cf. art. 35, al. 1, let. b, LAP). Dans un tel cas, la Confédération devrait cependant s'assurer que le rapport entre les intérêts de l'approvisionnement du pays et ceux des entreprises concernées est équilibré. Les craintes que les entreprises pourraient avoir d'encourir des sanctions pénales si elles se trouvent dans l'impossibilité de remplir leurs obligations pour des motifs objectifs et vérifiables sont infondées. L'art. 49 LAP sanctionne les infractions commises intentionnellement ou par négligence. Si une entreprise se trouve objectivement dans l'impossibilité de remplir ses obligations, elle n'est a priori pas punissable en l'absence d'éléments constitutifs subjectifs de l'infraction.

Si, en dépit de toutes les dispositions prises, une pénurie grave au sens de la LAP devait survenir ou être imminente, il faudrait édicter une ordonnance se fondant sur l'art. 31 LAP (chapitre 3 de la LAP, Mesures d'intervention économique), qui régit aussi bien l'achat que l'attribution, l'utilisation et la consommation, et fixe donc d'éventuelles obligations de livraison et de prise en charge.

2. Commentaire des dispositions

Préambule

L'ordonnance proposée se base sur l'art. 5, al. 4, LAP. La mesure prévue dans l'ordonnance est considérée comme un préparatif (chapitre 2 de la LAP, Préparatifs) de l'Approvisionnement économique du pays, qui peut être effectué si les mesures que les milieux économiques ont prises de leur plein gré ne suffisent pas à garantir l'approvisionnement du pays en biens (ou services) vitaux.

Le Conseil fédéral peut alors obliger les entreprises ayant une importance particulière pour l'approvisionnement économique du pays à prendre des dispositions pour assurer leurs capacités de production, de transformation et de livraison.

Le gaz naturel est indiscutablement un bien vital au sens de l'art. 4, al. 2, let. a, LAP.

Articles 1 et 2 (But et Obligation de garantir l'approvisionnement)

L'ordonnance s'applique aux cinq gestionnaires régionaux de réseaux de gaz mentionnés, qui sont actuellement les entreprises les plus à même de parer efficacement à un risque de pénurie.

Ils sont tenus de prendre les mesures qui leur paraissent adéquates pour garantir au mieux l'approvisionnement en gaz naturel durant l'hiver prochain.

Ils sont en outre tenus de constituer des stocks à hauteur d'au moins 15 % de la consommation moyenne annuelle de gaz naturel de la Suisse. Ce volume doit être stocké physiquement dans des installations de stockage en qualité marchande, et disponible, à savoir utilisable en cas de nécessité, au plus tard le 1^{er} novembre 2022.

Enfin, une autre mesure prévoit l'achat, au plus tard d'ici au 1^{er} novembre 2022, de volumes de gaz naturel supplémentaires correspondant à 20 % de la consommation moyenne normale de début octobre à fin avril par le biais d'options (produits financiers).

Articles 3 et 4 (Mesures et Comptabilisation dans les rémunérations pour l'utilisation du réseau)

L'art. 3 présente une liste d'exemples de mesures considérées comme adéquates par la Confédération.

Cette énumération non exhaustive de mesures adéquates comprend l'achat groupé de gaz naturel pour assurer l'approvisionnement du pays, la conclusion d'accords de droit privé avec des tiers en vue du stockage, en Suisse et à l'étranger, de gaz naturel destiné aux consommateurs suisses ainsi que l'achat de capacités de transport transfrontalières supplémentaires pour acheminer le gaz naturel en Suisse.

Les gestionnaires régionaux de réseaux de gaz visés à l'art. 2, al. 1, peuvent répercuter les dépenses liées à l'obligation d'assurer l'approvisionnement qui ne peuvent pas être compensées par un autre biais sur leurs clients (en l'espèce les entreprises d'approvisionnement locales, les entreprises gazières, par exemple), en les comptabilisant sur la base des quantités stockées dans les rémunérations régionales pour l'utilisation du réseau.

Ces dépenses se composent notamment des

- dépenses liées au remplissage, stockage et vidage du gaz stocké ;
- dépenses liées à la réservation de capacités aux points d'injection et de soutirage pour le transport du gaz stocké ;
- bénéfices ou pertes réalisés dans le commerce du gaz, dépenses liées au potentiel défaut d'un exploitant d'installations de stockage incluses ;
- dépenses liées à l'achat de quantités supplémentaires en cas d'indisponibilité du gaz stocké ;
- dépenses liées aux quantités supplémentaires.

Dans un marché libre comme l'est le marché du gaz suisse, il est d'ores et déjà possible de procéder à une telle répercussion des coûts sans disposition de droit public expresse. Les entreprises concernées tiennent cependant à ce que cette possibilité soit mentionnée, d'où son intégration sous forme de disposition déclaratoire. Elle ne permet pas pour autant aux gestionnaires de réseaux de gaz d'augmenter de manière unilatérale la rémunération pour l'utilisation du réseau en s'affranchissant des rapports de droit civil établis. De plus, l'art. 4 ne déroge pas à la loi sur les cartels. Le seul fait que l'on mentionne la possibilité d'une répercussion des dépenses liées à l'obligation instaurée n'implique pas pour autant que cette répercussion ne doit pas respecter le régime de droit des cartels, ni qu'il serait admissible qu'il en découle, dans certaines circonstances, des configurations de marché problématiques sous l'angle du droit de la concurrence. Le risque de discrimination lié à la répercussion sur tous les clients finaux d'éventuels coûts de réseaux supplémentaires occasionnés par des mesures visant à garantir l'approvisionnement peut être minimisé, si les coûts sont imputés via un tarif se basant sur le volume de gaz consommé pendant une année gazière.

Cela étant, la Confédération part du principe qu'une telle répartition des coûts se fera toujours sans discrimination et de manière adéquate, et que les mesures prises par les entreprises définies à l'art. 2, al. 1, ne généreront pas de revenus excessifs. La task force préparera un plan à ce sujet d'ici à mi-juin 2022 au plus tard.

Articles 5, 6 et 7 (Obligation de renseigner, Exécution, Entrée en vigueur et durée de validité)

L'obligation de renseigner découle de l'art. 64 LAP et de l'art. 13 de l'ordonnance sur l'approvisionnement économique du pays (OAEP). Ces dispositions sont mentionnées à des fins de transparence. Les dispositions relatives à l'exécution n'appellent pas de commentaires particuliers et correspondent, pour l'essentiel, au droit en vigueur. À préciser qu'en cas de violation des obligations prévues dans l'ordonnance, il appartient à l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays de prendre par voie de décision les mesures administratives définies à l'art. 40 en relation avec l'art. 42, al. 1, LAP.

Au vu du caractère urgent des mesures à prendre par les entreprises assujetties, l'entrée en vigueur est prévue aussi tôt que possible, afin que la situation soit suffisamment claire concernant le carnet de commandes et le cadre juridique. L'entrée en vigueur est prévue le 23 mai 2022 (par voie de publication urgente le 20 mai 2022).

La durée de validité pour l'instant limitée de l'ordonnance est dans l'ordre des choses. Les mesures fixées se limitent à l'hiver 2022/2023. Il est prévu que l'ordonnance ait effet jusqu'au 30 septembre 2023.

Les crises sont par nature de durée limitée, et les interventions des autorités doivent être levées dès que la situation le permet. Une prolongation de la mesure ne serait envisageable que si la situation de crise venait à perdurer.