



# RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA

## TRIBUNAL CANTONAL

### COUR CONSTITUTIONNELLE

---

CST 12 et 13 / 2022

Présidente : Sylviane Liniger Odiet  
Juges : Daniel Logos, Philippe Guélat, Jean Crevoisier et Pascal Chappuis  
Greffière : Carine Guenat

### ARRÊT DU 5 JUIN 2023

dans les procédures en contrôle de la constitutionnalité et de la conformité au droit fédéral de la loi sur l'approvisionnement en électricité (LAEI) adoptée par le Parlement le 23 novembre 2022

#### introduites par

A. \_\_\_\_\_ SA, et

B. \_\_\_\_\_ SA,

- représentées par **Me Phyllis Scholl**, avocate à Zurich,

**requérantes.**

---

### CONSIDÉRANT

#### En fait :

- A. Le 23 novembre 2022, le Parlement de la République et Canton du Jura a approuvé en deuxième lecture la loi sur l'approvisionnement en électricité (LAEI), laquelle a été publiée dans le Journal officiel no 43 du 1<sup>er</sup> décembre 2022 (p. 902 ss).
- B. Le 14 décembre 2022, B. \_\_\_\_\_ SA et A. \_\_\_\_\_ SA (ci-après : les requérantes) ont déposé chacune une requête en contrôle de la constitutionnalité et de la conformité au droit fédéral de cette loi, en retenant les conclusions suivantes :
1. Dire et prononcer que l'art. 6, l'art. 9 al. 1 et l'art. 9 al. 5 de la loi sur l'approvisionnement en électricité (LAEI) doivent être modifiés de sorte que le terme « gratuitement » figurant à l'art. 6 LAEI et les termes « ou indirects » figurant à l'art. 9 al. 1 LAEI sont supprimés, et que le texte de l'art. 9 al. 5 LAEI est modifié de sorte que le droit de préemption qui y est prévu est illimité :

2. Subsidairement, dire et prononcer que les art. 6 et 9 LAEI sont annulés dans leur intégralité ;
3. Dire et prononcer que les articles 12 et 14 LAEI sont annulés dans leur intégralité ;
4. Sous suite de frais et dépens à la charge de l'Etat.

En substance, elles font valoir que la LAEI viole sur plusieurs points la garantie de la propriété et estiment que les dispositions précitées doivent être annulées dès lors qu'elles sont contraires au droit fédéral, notamment à la loi fédérale sur approvisionnement en électricité qui règle de manière exclusive la question

- C. Dans ses déterminations du 17 janvier 2023, le Gouvernement a conclu au rejet de l'ensemble des conclusions, sous suite de frais et dépens.
- D. Par ordonnance du 6 février 2023, les deux requêtes ont été jointes.
- E. Les requérantes ont déposé une prise de position spontanée le 17 février 2023 et le Gouvernement le 7 mars 2023. Les requérantes ont à nouveau fait valoir leur droit d'être entendues dans une nouvelle prise de position spontanée le 24 mars 2023, ainsi que le Gouvernement le 4 avril 2023.
- F. Il sera revenu ci-après sur les autres éléments du dossier en tant que de besoin.

**En droit :**

1. A teneur des art. 104 al. 1 CJU, 177 et 185 al. 1 Cpa, la Cour constitutionnelle du Tribunal cantonal contrôle, sur requête et avant mise en vigueur, la constitutionnalité des lois et leur conformité au droit fédéral ainsi qu'aux autres normes de droit supérieur.

Les requérantes, en leur qualité de propriétaires de réseau de distribution d'électricité sur le territoire cantonal sont particulièrement atteintes par la loi attaquée et ont un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 178 let. f Cpa).

Pour le surplus, la requête respecte les formes et délai fixés aux art. 177 ss Cpa. Il convient dès lors d'entrer en matière.

2.
  - 2.1 Saisie d'une requête en contrôle de la constitutionnalité d'une loi, la Cour constitutionnelle doit examiner si celle-ci est conforme au droit fédéral, au droit international, à la Constitution cantonale et au droit intercantonal (art. 185 al. 1 Cpa).

Elle n'annule la loi attaquée que si celle-ci ne se prête à aucune interprétation conforme au droit invoqué ou si, en raison des circonstances, sa teneur fait craindre avec une certaine vraisemblance qu'elle soit interprétée de façon contraire au droit supérieur.

Dans le cadre d'un contrôle abstrait, si une norme semble compatible avec la Constitution, au regard des circonstances ordinaires que le législateur devait considérer, elle ne sera pas annulée pour le seul motif qu'on ne peut exclure absolument l'éventualité de son application inconstitutionnelle à des cas particuliers. Pour en juger, il faut notamment tenir compte de la portée de l'atteinte aux droits en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante, et des circonstances concrètes dans lesquelles ladite norme sera appliquée, en particulier la qualité des organes chargés de cette application (en ce sens : RJJ 2015 p.9, consid. 2 ; RJJ 2008, p. 21 consid. 3.2 et arrêts cités ; cf. aussi ATF 140 I 2 consid. 4 ; 137 I 31 consid. 2 ; 135 II 243 consid. 2 ; TF 1C\_251/2014 du 17 janvier 2015 consid. 2.1 ; tous avec références).

2.2 Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Lorsque le texte n'est pas clair et qu'il revêt plusieurs acceptions possibles, sa portée réelle doit être déterminée en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (méthode historique), de la finalité de la norme (raisonnement téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important (ATF 130 II 65 consid. 4.2 et arrêts cités ; RJJ 2008, p. 21 consid. 3.2 p. 29 et arrêts cités). Si plusieurs interprétations sont admissibles, il convient de choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 139 V 307 consid. 6.3 ; 130 II 65 consid. 4.2). S'agissant des travaux préparatoires, ils ne peuvent être pris en compte que s'ils apportent une réponse claire à la question litigieuse (ATF 139 II 78 consid. 2.4 et arrêts cités).

2.3 L'art. 185 al. 2 Cpa précise que la Cour constitutionnelle est limitée dans son examen aux griefs invoqués, sauf lorsque la loi est manifestement contraire au droit supérieur.

Par conséquent, la Cour constitutionnelle peut annuler une disposition contestée pour un motif qui n'a pas été invoqué, à condition que l'inconstitutionnalité soit manifeste (RJJ 2005, p. 259 consid. 10.3 ; BROGLIN/WINKLER DOUCOURT, Procédure administrative, Principes généraux et procédure jurassienne, 2015, no 704 et autres références citées).

3.

3.1 A teneur de l'art. 91 al. 1 Cst., la Confédération légifère sur le transport et la livraison de l'électricité. Cette disposition confère à la Confédération une compétence concurrente pleine et entière, non limitée aux principes, sur le transport et la livraison d'électricité. Une compétence est concurrente quand l'effet d'éviction n'est produit qu'au moment et dans la mesure où la Confédération légifère (AUBERT / MAHON, Petit commentaire de la Constitution, 2003, ad art. 42, nos 7 et 9). Ainsi, avec l'adoption de la loi fédérale sur approvisionnement en électricité (LApEI ; RS 734.7), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, les cantons ont perdu la faculté de légiférer dans ce domaine, sous réserve des attributions que cette loi leur laisse expressément (POLTIER, CR Constitution, 2021, ad art. 91 nos 11 et 22).

Au niveau fédéral, les dispositions de la LApEI sont complétées par l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité du 14 mars 2008 (OApEI ; RS 734.71).

Selon l'art. 49 al. 1 Cst., le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. Ce principe constitutionnel de la primauté du droit fédéral fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive (ATF 138 I 468 consid. 2.3.1 ; 137 I 31 consid. 4.1 et les références).

La LApEI laisse ainsi différentes compétences aux cantons, notamment à l'art. 3a LApEI, selon lequel les cantons et les communes peuvent octroyer les concessions en rapport avec le réseau de transport et le réseau de distribution, notamment le droit d'utiliser le domaine public, sans procéder à un appel d'offres. Ils garantissent une procédure transparente et non-discriminatoire. En outre, conformément à l'art. 30 al. 1 LApEI, les cantons sont encore compétents pour exécuter les art. 5 al. 1 à 4 (zones de desserte et garantie de raccordement) et 14 al. 4 1<sup>ère</sup> phrase, selon lequel les cantons prennent des mesures propres à réduire les différences disproportionnées entre les tarifs d'utilisation pratiqués sur leur territoire.

Selon le message du Conseil fédéral (FF 2009 p. 1562 s.), dans le cas de la LApEI et de la modification de la LIE (Loi sur les installations électriques ; RS 734.0), la Confédération exerce sa compétence en vertu de l'art. 91 al. 1 Cst. puisqu'elle institue des dispositions sur la séparation des activités (art. 10), les comptes annuels et les comptes de coûts (art. 11) et confère l'exploitation du réseau de très haute tension à un gestionnaire national du réseau de transport. Pour le reste, les cantons conservent leurs compétences, y compris en matière de transport et d'acheminement d'énergie électrique. Ces compétences comprennent le droit de fixer les tarifs ou les structures tarifaires dans la mesure où ils ne sont pas déterminés par la loi sur l'approvisionnement en électricité. Les cantons ne peuvent donc pas édicter de prescriptions autonomes restreignant les conditions du marché créées par la loi sur l'approvisionnement en électricité. D'éventuels monopoles d'approvisionnement et obligations d'achat inscrits directement ou indirectement dans la législation cantonale seront, dans la mesure où ils touchent des personnes ou entreprises jouissant du droit d'utiliser le réseau en vertu de la loi sur l'approvisionnement en électricité (art. 13), nuls et non avenue dès l'entrée en vigueur de la loi (art. 2 Cst.) et devront par conséquent être abrogés. Compte tenu de cette répartition des compétences, les cantons peuvent notamment, dans le cadre de la liberté économique, imposer la création sur leur territoire d'une société cantonale pour l'exploitation des réseaux à basse tension (qui n'appartiennent pas au gestionnaire suisse du réseau de transport). De même, la loi sur l'approvisionnement en électricité n'empêche aucunement les cantons et les communes d'édicter des dispositions prévoyant la perception d'un supplément sur le prix de l'électricité pour promouvoir les mesures d'économie et les énergies renouvelables ou l'introduction de taxes d'incitation sur la consommation d'électricité. Dans ces domaines, les compétences cantonales restent intactes.

3.2 Se référant notamment aux art. 3a et 30 al. 1 LApEI et sur l'OApEI, le Parlement de la République et Canton du Jura a adopté en 2<sup>e</sup> lecture le 23 novembre 2022 la loi sur l'approvisionnement en électricité (LAEI).

4.

4.1 Les requérantes contestent le terme « gratuitement » à l'art. 6 LAEI et en demandent la suppression. Elles font valoir que les gestionnaires de réseau collectent des données et les mettent à disposition en premier lieu de l'autorité fédérale de régulation (Commission fédérale de l'électricité ElCom). Les coûts inhérents à ces tâches sont répercutés sur les tarifs d'utilisation du réseau qui doivent être assumés par les clients du gestionnaire de réseau. Si les requérantes encourent des coûts supplémentaires suite à des demandes du Canton du Jura, elles doivent être indemnisées pour ces coûts, faute de quoi cela aurait pour effet de réduire le bénéfice régulé par la LApEI. Les redevances et prestations fournies aux collectivités publiques doivent être mentionnées séparément sur les factures adressées aux clients et peuvent être répercutées sur ceux-ci par les gestionnaires de réseau (art. 12 al. 2 et 14 LApEI). Si des demandes adressées par le Canton du Jura aux requérantes occasionnent un travail supplémentaire avec les coûts qui en découlent, celles-ci sont autorisées à en répercuter les coûts sur les clients jurassiens, en mentionnant cette répercussion de manière transparente sur les factures conformément à l'art. 12 al. 2 LApEI.

Le Gouvernement estime que l'art. 6 LAEI est le pendant d'autres dispositions légales, notamment de l'art. 57 al. 4 de l'ordonnance portant application de la loi sur l'énergie, et se réfère également à l'art. 9 al. 3 de l'arrêté portant établissement de la liste des données qui doivent être transmises annuellement au canton et aux communes par les producteurs, fournisseurs et consommateurs d'énergie.

4.2 L'art. 6 LAEI stipule que « *sur requête de la Section de l'énergie, les communes ainsi que les propriétaires et les gestionnaires de réseau fournissent gratuitement à celle-ci tous les renseignements, les données et les documents nécessaires à l'application de la présente loi ou des législations cantonales et fédérale sur l'énergie.* »

4.3 Au niveau fédéral, selon l'art. 25 al. 1 LApEI, les entreprises du secteur de l'électricité sont tenues de donner aux autorités compétentes les informations nécessaires à l'exécution de la présente loi et de mettre à leur disposition les documents requis. Cette disposition s'applique essentiellement à l'Elcom et à l'Office fédéral de l'énergie (FF 2009 p. 1547). Il serait également envisageable que l'OFEN ou les services cantonaux soient tenus de fournir des informations sur la base de la LApEI, à condition qu'il s'agisse d'une affaire relevant de l'exécution du droit de l'approvisionnement en électricité. Cette obligation de renseigner existe en dehors de tout procès (RENER, Kommentar zum Energierecht, StromVG, 2016, nos 6 et 11 ad art. 25).

4.4 L'art. 6 LAEI est ainsi le pendant au niveau cantonal de l'art. 25 LApEI. Le message du Gouvernement au Parlement (p. 3 du commentaire des dispositions) précise que le contrôle de l'application de la loi nécessite l'accès à des informations spécifiques détenues par les communes, les propriétaires et les gestionnaires de réseau.

Ces informations seront traitées dans le respect des règles relatives à la protection des données et à la transparence. (CPDT-JUNE, RSJU 170.41). Il a été relevé en commission parlementaire (PV no 12 du 9 février 2022) qu'il y avait des réticences à fournir des données même lorsqu'un arrêté du Gouvernement indique quelles données les gestionnaires de réseau doivent fournir, raison pour laquelle une base légale est prévue.

- 4.5 Il appert à l'évidence que l'Etat a besoin de données pour exécuter les tâches qui lui sont dévolues par la LApEI, données que seuls les gestionnaires de réseau de distribution sont en mesure de fournir. Les requérantes relèvent qu'elles fournissent déjà des données à la Confédération dont les frais sont inclus dans les tarifs d'utilisation du réseau (détermination du 14 décembre 2022, p. 6 no 17). Elles sont donc déjà rémunérées pour ces tâches. Le terme « gratuitement » vise ainsi notamment à éviter une rémunération à double. Les requérantes estiment qu'elles pourraient être amenées à fournir d'autres données au canton que celles communiquées à la Confédération. Elles n'établissent toutefois pas quelles données pourraient devoir être communiquées à la République et Canton du Jura qu'elles ne communiquent pas déjà aux autorités fédérales, notamment à l'Elcom et à l'OFEN. Dès lors, dans le cadre d'un contrôle abstrait, cette disposition n'apparaît ainsi pas contraire au droit supérieur.
5. Les requérantes contestent ensuite l'art. 9 al. 1 LAEI qui stipule que : *« Si un propriétaire de réseau entend céder de manière directe ou indirecte tout ou partie de son infrastructure de réseau de distribution sise sur le territoire cantonal, celle-ci doit être prioritairement offerte au canton, aux communes et aux personnes morales dont le capital est détenu majoritairement par le canton ou les communes. »*

Elles demandent la suppression des termes « ou indirecte ». Elles font valoir que la propriété des réseaux est détenue par une filiale du groupe A. \_\_\_\_\_ SA. Or, l'actionnariat au niveau de la société-mère et de B. \_\_\_\_\_ SA est susceptible de changer. Un changement de propriété des actions au niveau de la société mère (cession indirecte) déclencherait déjà le droit de préemption et entraînerait une incertitude considérable en matière de transactions sur les actions de la société mère et empêcherait les changements de propriété des actions ou alors seulement à des coûts nettement plus élevés. Le fait d'empêcher des changements de propriété ou d'augmenter nettement les frais de transaction lèse les droits constitutionnels de la liberté économique et de la garantie de la propriété.

Le Gouvernement relève que les cas de cession indirecte sont les cas qui permettent d'arriver à un résultat similaire à une cession directe, sans que les actifs ne soient formellement eux-mêmes cédés. Une entité qui dispose de la majorité des parts de la société propriétaire du réseau dispose de fait du contrôle du réseau, par son influence sur les décisions de la société. Il y aurait donc cession indirecte si plus de 50 % des parts de la société propriétaire du réseau sont cédées. Il existe en outre un intérêt public évident à ce qu'une base légale formelle prévoie un droit de préemption en faveur des collectivités publiques, si le propriétaire du réseau décide de son propre chef de vendre les infrastructures du réseau.

Dans leur prise de position du 17 février 2023 (ch. 25 p. 7), les requérantes prennent acte du fait que les restructurations intragroupes ne confèrent pas de droit de préemption, précisant qu'il conviendra de déterminer dans le cas concret si les prescriptions de l'art. 9 respectent la garantie de la propriété. Cela étant, il convient de prendre acte que les requérantes ne contestent plus la disposition de l'art. 9 al. 1 LAEI dans le cadre de leur requête en contrôle de la constitutionnalité. En tout état de cause, elles n'expliquent pas en quoi la position du législateur et plus particulièrement les explications du Gouvernement fondées sur le message du Gouvernement au Parlement du 7 décembre 2021 (p. 18) sur ce point serait contraire à la garantie de la propriété.

6. S'agissant du droit de préemption, les requérantes contestent encore l'art. 9 al. 7 (et pas 5, le Journal officiel contenant une erreur dans la numérotation des alinéas) LAEI qui prévoit que : « *L'acquisition de tout ou partie de l'infrastructure de réseau de distribution sur la base de la présente disposition peut se faire à la valeur des actifs concernés, calculée sur la base des valeurs patrimoniales nécessaires à l'exploitation du réseau au sens de la législation fédérale sur l'approvisionnement en électricité.* »

Selon les requérantes, cette disposition n'est pas conforme à la Constitution puisqu'une indemnité trop faible serait payée en cas de préemption, de telle sorte qu'il faudrait prévoir un droit de préemption illimité pour la détermination du prix de vente. En cas de droit de préemption légal, le droit de vente libre du propriétaire est limité et il s'agit d'un cas d'expropriation qui doit être totalement indemnisé. Or l'indemnité pleine et entière selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral est supérieure à la valeur prévue à l'art. 9 al. 7 LAEI. Elle n'est pas assimilable à la valeur régulatoire des immobilisations.

Le Gouvernement estime de son côté que l'art. 9 al. 7 LAEI établit non seulement un droit de préemption au sens propre du terme mais aussi un droit d'acquisition prioritaire dans le cas où le propriétaire du réseau veut céder la propriété des actifs du réseau mais sans avoir encore conclu de contrat avec un tiers ou même sans avoir encore d'acquéreur potentiel autre que les collectivités publiques titulaires des droits prévus dans cette disposition. Dans cette situation, la loi doit donner une sécurité juridique pour déterminer à quel prix les collectivités publiques peuvent exercer leur droit. Il est usuel d'estimer la valeur d'un actif de rendement, dont les réseaux de distribution font partie, selon la méthode de rendement dont le facteur de capitalisation est défini par l'art. 13 al. 3<sup>bis</sup> OApEI sous la forme du coût moyen pondéré du capital investi.

- 6.1 A teneur de l'art. 26 al. 1 Cst., la propriété est garantie. Une pleine indemnité est due en cas d'expropriation ou de restriction de la propriété qui équivaut à une expropriation (al. 2). La garantie individuelle de la propriété interdit aux titulaires de tâches publiques (art. 35 al. 2 Cst.) de procéder à tout acte normatif, administratif ou matériel qui soit de nature à empêcher ou entraver le titulaire du droit patrimonial en cause de l'exercer et d'en tirer profit conformément à la loi. Une collectivité ne peut porter de telles atteintes qu'aux conditions de l'art. 36 Cst. (DUBEY, CR Constitution, 2021, nos78ss et ad art. 26).

L'exercice par une collectivité d'un droit de préemption légal sur un immeuble constitue une restriction grave du droit de propriété garanti par l'art. 26 al. 1 Cst.. Pour être compatible avec cette disposition, l'exercice du droit de préemption doit reposer sur une base légale - une loi au sens formel -, être justifié par un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 1-3 Cst. ; ATF 142 I 76 consid. 3.1 et les références). Celui-ci exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité) ; en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts (ATF 142 I 76 consid. 3.5.1 et les références). Pour être proportionnée, l'atteinte doit se limiter à ce qui est nécessaire et adéquat à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis, sans violer l'essence du droit en question (ATF 145 I 73 consid. 6.1).

- 6.2 Les requérantes ne contestent pas que les conditions de l'art. 36 Cst. sont remplies. Elles contestent en revanche le montant de l'indemnisation qui leur serait versée en cas d'exercice du droit de préemption par l'Etat, estimant l'art. 9 al. 7 LAEI contraire à la garantie de la propriété dans la mesure où il ne leur garantit pas une indemnisation complète. Elles considèrent que le montant dû suite à l'exercice du droit de préemption ne saurait être déterminé dans la loi cantonale et que d'autres éléments peuvent intervenir dans le calcul du prix de vente pour un acquéreur potentiel, notamment la structuration du financement, les synergies attendues, les conditions de financement et la stratégie de l'acquéreur.
- 6.2.1 A ce stade, il convient de préciser ce qui suit. Le Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la LApEI (p. 1561) précise que l'objectif de la LApEI est d'assurer l'approvisionnement de base et la sécurité de l'approvisionnement y compris dans un contexte libéralisé, avec une sécurité juridique pour les investissements (p. 1500). La loi doit fixer les conditions-cadre pour un approvisionnement en électricité sûr et durable des consommateurs finaux dans toutes les parties du pays, ainsi que les conditions-cadre pour la concurrence nationale et une participation à la concurrence internationale dans le domaine de l'électricité (art. 1 LApEI, p. 1526). La libéralisation du marché de l'électricité découle en Suisse de l'adoption de la LApEI. Cette libéralisation n'est toutefois que partielle, limitée aux clients ayant une consommation annuelle supérieure à 100 MWh. Les réseaux, respectivement les gestionnaires de réseau, constituent le trait d'union indispensable entre le producteur (vendeur) et le consommateur (acheteur) d'énergie (POLTIER, Droit suisse de l'énergie, 2020, no 617 p. 237 et no 632, p. 243 et no 635, p. 244).
- 6.3 En l'espèce, l'art. 9 al. 1 LAEI établit non seulement un droit de préemption au sens propre, mais aussi un droit d'acquisition prioritaire (Message relatif à la LAEI du 30 novembre 2021, p. 9). Il tend à concrétiser la vision selon laquelle les collectivités publiques jurassiennes doivent assurer à terme la maîtrise des infrastructures de distribution d'électricité et des entreprises d'approvisionnement en électricité, vu les intérêts publics liés aux secteurs de l'électricité (Message du 7 décembre 2021 p. 9).

S'agissant de l'atteinte à la propriété, le Message du 7 décembre 2021 (p. 9) considère que la règle de l'art. 9 al. 7 sauvegarde les intérêts du propriétaire du réseau dans la mesure où il obtient une indemnité pleine et entière en contrepartie de la cession du réseau. Le principe de l'indemnité pleine et entière correspond à ce qui serait également prévu dans le contexte d'une expropriation, bien que le projet prévoie uniquement un droit d'acquisition prioritaire et non pas une expropriation (p.9). Le principe de l'indemnisation, respectivement le fait qu'elle doit être pleine et entière, ainsi que la manière de la calculer n'a fait l'objet d'aucune discussion ni en commission, ni lors des débats du Parlement. La volonté du législateur jurassien est ainsi de verser une indemnité pleine et entière au propriétaire du réseau en contrepartie de la cession du réseau. C'est dans ce contexte que doit être interprété l'alinéa 7 de l'art. 9 LAEI.

#### 6.4

6.4.1 Il n'est pas contesté que l'atteinte à la propriété des requérantes dans une telle situation est conséquente et est équivalente à une mesure d'expropriation devant être indemnisée. A partir du moment où l'Etat exerce son droit de préemption, il en a en tous les cas les mêmes effets puisqu'il implique le transfert de propriété du réseau à l'Etat dès qu'un propriétaire communique son intention de céder les actifs concernés, qu'un contrat avec un tiers ait été conclu ou non (cf. art. 9 al. 3 LAEI). Or le prix du transfert en est déterminé en vertu de l'art. 9 al. 7 LAEI. Cette disposition renvoie à la LApEI pour le calcul des valeurs patrimoniales nécessaires à l'exploitation du réseau. Bien que rédigé en la forme potestative, il résulte du message précité que la volonté du législateur est d'imposer le calcul de l'indemnité sur la base de la LApEI.

6.4.2 Les art. 14 et 15 LApEI, complétés par les dispositions de l'OApEI (RS 734,71), en particulier les art. 12 à 17 OApEI, règlent de manière exhaustive la manière de calculer la rémunération de l'utilisation du réseau à verser par les consommateurs finaux, laquelle doit se fonder sur les coûts d'exploitation du réseau imputables et qui comprennent un bénéfice d'exploitation approprié (principe cost-plus). Les coûts imputables englobent les coûts d'exploitation (coûts de prestations directement liés à l'exploitation des réseaux et d'entretien de ceux-ci ; art. 15 al. 2, 15 al. 3<sup>bis</sup> LApEI et 13b à 13d OApEI) et les coûts de capital (valeur globale des investissements dans le réseau sur la base de coûts historiques, les amortissements et les intérêts ; art. 15 al. 3 LApEI). Les coûts de capital sont énumérés à l'art. 15 al. 3. LApEI. L'art. 13 al. 3 et 4 OApEI précise l'art. 15 al. 3 let. b en réglant le calcul des intérêts annuels des valeurs patrimoniales nécessaires à l'exploitation. Ces intérêts sont en outre calculés sur la base d'un taux, qui correspond au coût moyen pondéré du capital investi (Weighted Average Cost of Capital, WACC ; art. 13 al. 3 let. b et 3bis OApEI qui est fixé chaque année par le DETEC. Le WACC est censé couvrir à la fois un rendement normal du capital investi et les intérêts versés aux bailleurs de fonds ; sur ces questions, POLTIER, op. cit., nos 678 ss p. 264 et les références). Le WACC résulte de l'addition de deux composantes.

Il correspond à la somme du coût des fonds propres pondéré à 50 % (taux de rendement des fonds propres) et du coût des fonds étrangers pondéré à 50 % (taux de rendement des fonds étrangers ; Explications relatives au calcul du taux d'intérêt calculé en 2023 du 6 février 2023 de l'Office fédéral de l'Energie, consultable sur <https://pubdb.bfe.admin.ch/fr/publication/download/11310>).

Avec ces dispositions, le législateur a souhaité protéger les consommateurs face aux possibles abus des gestionnaires de réseau, qui auraient pu être tentés, à défaut, de profiter de leur monopole naturel (POLTIER, op. cit., nos 636 p. 245 et 668, p. 260). Ces dispositions sont applicables au consommateur captif qui n'a pas de droit d'accès au réseau. Il voit son destin lié à celui du gestionnaire de réseau, désigné en application de l'art. 5 LApEI tout en bénéficiant d'une garantie d'approvisionnement (art. 6 al. 1 LApEI).

- 6.4.3 Selon la doctrine et la pratique, le but de l'indemnisation intégrale au sens de l'art. 26, al. 2 Cst. est de mettre les expropriés sur un pied d'égalité avant et après l'expropriation. Il ne doit résulter de l'expropriation ni perte ni gain (VALLENDER, op. cit., art. 26 n° 72 avec références ; ATF 122 I 168 consid. 4 aa). Les propriétaires concernés doivent donc se trouver dans la même situation économique avant et après la transaction (TAF A 558/2012 consid. 6.5.2 et les références). Contrairement aux allégués des requérantes, la jurisprudence précitée concernant l'expropriation du réseau n'est pas transposable sans autre à la présente situation. A l'époque du transfert des réseaux de transport, l'art. 33 al. 4 et 5 prenait également en compte la situation telle qu'elle se présentait avant l'introduction de la LApEI, de telle sorte que les valeurs réglementées issues des procédures de contrôles des tarifs ne pouvaient pas être déterminantes pour la fixation de la valeur du réseau de transport (TAF A 558/2012 consid. 7.1).
- 6.4.4 Le système légal de la LApEI et de l'OApEI vise certes à protéger les consommateurs captifs s'agissant du prix de l'électricité. Mais il assure également aux gestionnaires-propriétaires des réseaux de distribution la prise en charge de toutes leurs charges d'investissement, d'amortissement, de développement, y compris un bénéfice, ainsi qu'un rendement conséquent du capital pondéré avec le WACC, garantissant une exploitation sûre du réseau et la protection des consommateurs (FF 2004 p. 1502). Le fait que des tiers pourraient potentiellement offrir un prix supérieur en spéculant sur une éventuelle augmentation du WACC ne semble pas devoir être indemnisé dans le cadre de l'indemnité pleine et entière à verser en vertu de l'art. 26 Cst. En outre le WACC prend en compte une répartition standard entre les fonds propres et fonds étrangers de 40 et 60 % (POLTIER, op. cit., no 683, p. 266). Il faut en outre relever qu'en tant que monopole naturel, le réseau n'est pas soumis à la concurrence (FF 2005 1619 ch. 1.2.2 ; cf. également le rapport de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national sur l'initiative parlementaire « Pas de bureaucratie inutile dans le domaine des réseaux électriques », FF 2011 2904 s., 2908 s.). A cet égard, dans le cadre de la vente du réseau de distribution, les requérantes invoquent la libre concurrence, alors même qu'en p. 5 de leur requête, elles admettent que la LApEI vise, dans le domaine des réseaux, non pas la concurrence, mais la sécurité de l'approvisionnement.

- 6.5 En calculant l'indemnisation sur la même base que celle utilisée pour fixer le prix de l'électricité, les gestionnaires de réseau de distribution se trouvent ainsi dans la même situation qu'avant l'exercice du droit de préemption légal, de telle sorte que l'indemnité payée est conforme à la garantie de la propriété. Il apparaît ainsi qu'une interprétation conforme à la Constitution peut être faite de l'art. 9 al. 7 LAEI dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes. La requête doit ainsi être rejetée sur ce point.
7. Les requérantes contestent également l'art. 12 LAEI, selon lequel *une zone de desserte n'est attribuée que si le gestionnaire de réseau remplit les conditions prévues par la LApEI (let. a), propose aux consommateurs finaux des offres portant sur de l'électricité incluant une part significative d'énergies renouvelables produites dans le canton (let. b), s'efforce d'investir dans la production d'électricité renouvelable dans le canton (let. c), assure une collaboration transparente avec les pouvoirs publics (let. d) respecte l'obligation de renseigner prévue à l'article 6 (let. e), planifie son réseau en tenant compte de la politique énergétique fédérale, cantonale et communale (let. e), met en place les instruments pour que les intérêts publics soient pris en compte dans sa gouvernance (let. g).*

Les requérantes font valoir que le propriétaire du réseau a droit à l'attribution de la zone de desserte sur le territoire où se trouvent les réseaux de distribution. Selon elles, ce droit est inconditionnel et ne peut pas être soumis à des conditions à l'échelon cantonal, de telle sorte que l'art. 12 doit être intégralement supprimé. Les requérantes ne sont pas opposées à conclure un mandat de prestation avec le Canton du Jura selon l'art. 13 LAEI, mais toutes les tâches qui ne sont pas étroitement et directement liées à l'exploitation du réseau de distribution peuvent également être exécutées par des tiers, y compris par des entreprises jurassiennes locales et par conséquent, le Canton du Jura doit respecter les prescriptions du droit des marchés publics et de la législation sur le marché intérieur. En raison de la propriété, l'attribution d'une zone de desserte ne peut en fait se faire qu'au propriétaire du réseau lui-même ou à un tiers qui exploite le réseau pour le compte du propriétaire. Les cantons ne sauraient subordonner cette attribution à la réalisation de conditions cantonales supplémentaires.

Quant au Gouvernement, il relève que les rapports de propriété des réseaux de distribution sont pris en compte à l'art. 11 LAEI et que l'art. 12 ne fait que refléter, dans le droit jurassien, les attentes envers les gestionnaires de réseau dans le cadre de l'accomplissement des tâches publiques qui leur sont confiées. Selon le Gouvernement, celles-ci sont d'une importance considérable pour les différents intérêts publics en jeu et le rôle des cantons dans ce cadre. Les conditions fixées restent tout à fait mesurées, si bien que l'on peine à comprendre en quoi les requérantes s'estiment atteintes de manière excessive dans leurs droits constitutionnels.

- 7.1 A teneur de l'art. 5 al. 1 LApEI, les cantons désignent les zones de desserte des gestionnaires de réseau opérant sur leur territoire. L'attribution d'une zone de desserte doit se faire de manière transparente et non-discriminatoire ; elle peut être liée à un contrat de prestation destiné au gestionnaire de réseau.

Dans leur zone de desserte, les gestionnaires de réseau sont tenus de raccorder au réseau électrique tous les consommateurs finaux se trouvant en zone à bâtir, les biens-fonds et les groupes d'habitations habités à l'année situés en dehors de cette zone ainsi que tous les producteurs d'électricité (al. 2). Les cantons peuvent obliger les gestionnaires de réseau opérant sur leur territoire à raccorder également des consommateurs finaux situés en dehors de leur zone de desserte (al. 3). Les cantons peuvent édicter des dispositions régissant le raccordement hors de la zone à bâtir ainsi que les conditions et les coûts de ce raccordement (al. 4). Cette disposition légale doit être interprétée en relation avec l'art. 30 al. 1 LApEI, selon lequel les cantons exécutent les art. 5 al. 1 à 4 et 14 al. 4 1<sup>ère</sup> phrase, et le consid. 3.1 ci-dessus. Avec cette disposition, la Confédération confie aux cantons une tâche de planification des aires de desserte sur le territoire cantonal (POLTIER, op. cit., no 642, p. 248). La désignation du gestionnaire de réseau représente ainsi l'exécution d'une tâche publique (ATF 141 II 141 consid. 7). En outre, le législateur fédéral a choisi de ne pas exiger de procédure de mise en concurrence pour l'attribution des zones de desserte (cf. art. 3a LApEI).

- 7.2 Il ressort de la rédaction (interprétation littérale) de l'art. 5 LApEI et de la systématique de la disposition que le législateur fédéral a fait la différence entre le raccordement à l'intérieur de la zone à bâtir et celui situé hors zone à bâtir. Dans ce cadre, les cantons ne peuvent légiférer que s'agissant du raccordement hors de la zone à bâtir (art. 5 al. 3 et 4 LApEI ; FF 2009 p. 1558). A contrario, dans le cadre de la zone à bâtir (art. 5 al. 2 LApEI), les cantons ne disposent plus d'aucune compétence législative, dès lors que la Constitution prévoit une compétence concurrente dans le domaine de l'approvisionnement en électricité et que la Confédération a légiféré dans ce domaine (cf. consid. 3.3 ; dans ce sens Martin FÖHSE, Grundversorgung mit Strom – ein Ueberblick zu Rechtsverhältnissen und Zuständigkeiten, in PJA 2018 p. 1239 ; POLTIER, op. cit., no 647, p. 251). Dans l'ATF 138 I 454 consid. 3.6.3 ss, le TF a en outre admis que la législation sur l'approvisionnement en électricité régleme de manière exhaustive aussi bien la rémunération de l'utilisation du réseau (à l'exception des redevances et des prestations fournies aux collectivités publiques) que le prix de l'énergie et que, pour le reste, les compétences cantonales n'existent plus que là où la législation sur l'approvisionnement en électricité contient des réserves correspondantes (Martin FÖHSE, op. cit., in PJA 2018 p. 1235, 1238). Au niveau procédural, la désignation des zones de réseau ne relève pas de la compétence de l'EICom, mais des autorités cantonales et des instances de recours (cf. TF 2E\_1/2019 du 30 avril 2020 consid. 3.5 ; 2C\_237/2014 du 16 juillet 2014), tout comme les décisions relatives aux raccordements. Enfin, les rapports juridiques qui ne sont pas du tout réglés par la LApEI, comme notamment les contrats de concession et autres, restent de la compétence cantonale tant qu'ils ne contreviennent pas aux prescriptions relatives à l'accès au réseau ou à la rémunération de l'utilisation du réseau (art. 30 al. 1 OApEI ; TF 2C\_824/2015 du 21 juillet 2016 consid. 1.1.2). Les redevances pour l'octroi de concessions pour l'utilisation du domaine public par les gestionnaires de réseau sont également soumises à la juridiction cantonale (cf. TF 2C\_824/2015 précité).

- 7.3. C'est dans ce cadre que doivent être examinées les différentes lettres de l'art. 12 LAEI.
- 7.3.1 Il est manifeste que l'art. 12 let. a LAEI n'est pas contraire au droit fédéral. On n'imagine pas une autorité cantonale accorder une zone de desserte si les conditions prévues par la législation fédérale ne sont pas remplies. En outre, c'est la moindre des choses que les propriétaires et les exploitants de réseau respectent la législation. On remarque également que, dans « ses commentaires, et propositions au Parlement », la requérante A. \_\_\_\_\_ SA proposait comme alternative de ne maintenir que la condition a comme condition d'attribution (p. 7).
- 7.3.2 Les lettres b à g de l'art. 12 LAEI en revanche imposent des obligations nouvelles pour l'attribution des zones de desserte aux gestionnaires de réseau et s'appliquent sur l'ensemble du territoire de la République et Canton du Jura indépendamment des zones à bâtir ou hors zone. Même si le législateur jurassien dispose indéniablement d'un intérêt public par exemple à ce que le gestionnaire de réseau investisse dans la production d'électricité renouvelable dans le canton, ou à ce qu'il propose aux consommateurs finaux des offres portant sur de l'électricité incluant une part significative d'énergies renouvelables produites dans le canton, il n'est pas possible d'imposer ces conditions supplémentaires aux gestionnaires de réseau lors de l'attribution d'une zone de desserte, cette question étant réglée par le droit fédéral. Certes, la LApEI contient une délégation en faveur des cantons pour la désignation des zones de desserte, mais il s'agit d'une compétence d'exécution (art. 30 al. 1 LApEI). Encore une fois, l'art. 5 al. 1 LApEI confie aux cantons la délimitation et l'attribution des aires de desserte aux gestionnaires de réseau et il leur appartient aussi de mettre en œuvre la garantie de raccordement au réseau dont bénéficient les consommateurs finaux et les producteurs d'électricité (art. 5 al. 2 LApEI ; POLTIER, CR Cst., no 23 ad art. 91 Cst.). Si l'implication des cantons dans la distribution d'électricité est conséquente, elle ne permet cependant pas de fixer des conditions supplémentaires pour l'attribution des zones de desserte sauf hors de la zone à bâtir. En revanche, dans la mesure où l'attribution d'une zone de desserte peut être liée à un contrat de prestation destiné au gestionnaire de réseau (art. 5 al. 1 in fine LApEI), il n'est pas impossible que les prestations envisagées à l'art. 12 let. b à g LAEI puissent être intégrées dans un contrat de prestation, dès lors qu'il s'agit de prestations fournies à la collectivité publique, lesquelles restent de la compétence des cantons (cf. ATF 138 I 454 précité). Il s'agit en effet de prestations fournies aux collectivités publiques qui sont les seules composantes du prix de l'électricité, avec les redevances, qui ne soient pas soumises au droit fédéral et à la réglementation de la Commission fédérale de l'électricité ECom (art. 14 al. 1 LApEI). Elles doivent faire l'objet d'une facturation transparente (art. 12 al. 2 LApEI ; TF 2C\_226/2012 du 10 juin 2013 consid. 4.2 et les références citées). La question de savoir si les exigences de l'art. 12 let. b à g LAEI peut faire l'objet d'un contrat de prestation n'a toutefois pas à être examinée dans la présente procédure, dès lors qu'elle ne fait pas l'objet du litige. Enfin, il n'y a pas lieu de tenir compte des projets législatifs en cours, dès lors qu'il s'agit d'apprécier au cas particulier la compatibilité de la LAEI avec le droit actuel.

Au vu de ce qui précède, les dispositions de l'art. 12 let. b à g ne sauraient recevoir une interprétation conforme au droit fédéral, notamment à la LApEI.

8. Les requérantes demandent encore la suppression de l'art. 14 LAEI, selon lequel la zone de desserte est attribuée pour une durée maximale de 25 ans (al. 1). Au plus tard trois ans avant cette échéance, le canton et le gestionnaire de réseau entament des discussions quant aux conditions de renouvellement (al. 2). La décision d'attribution et toute décision y relative sont notifiées au gestionnaire de réseau, au propriétaire du réseau et aux communes concernées (al. 3).

Les requérantes font valoir que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le propriétaire du réseau a droit à l'attribution de la zone de desserte sur le territoire où se trouvent ses réseaux de distribution. Selon elles, le droit est valable de manière illimitée dans le temps.

Le Gouvernement relève de son côté que les requérantes n'exposent pas en quoi le fait que la zone de desserte est attribuée pour une durée de 25 ans porterait atteinte à ses droits constitutionnels.

- 8.1 En l'espèce, il ressort des actes produits par le Parlement, et notamment du message, que la durée de l'exploitation de l'attribution des zones de desserte n'est pas réglée par le droit fédéral et que, en comparaison avec les concessions de forces hydrauliques, cette durée paraît admissible, car l'amortissement nécessaire de la part des gestionnaires de réseau de distribution est assuré par la législation fédérale. Les débats en commission et au Parlement relèvent uniquement l'étroite marge de manœuvre des autorités.

- 8.2 En tout état de cause, il n'y a pas lieu de déterminer si l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_237/2014 du 16 juillet 2014 accorde aux propriétaires du réseau un droit à l'attribution de la zone de desserte. En effet, si tel devait être le cas, à suivre les requérantes, elles disposeraient toujours d'un droit à cette attribution à l'échéance du délai de 25 ans de l'art. 14 LAEI, de telle sorte que l'on ne voit pas en quoi leurs droits seraient lésés par cette disposition. En outre, il existe manifestement un intérêt public pour la République et Canton du Jura à pouvoir réexaminer ses zones de desserte après une certaine période, ne serait-ce que d'un point de vue de l'aménagement du territoire et de la politique énergétique. La délimitation de ces zones relève en effet du droit cantonal (cf. supra consid. 7). Cela étant, la disposition légale doit être confirmée, dès lors qu'une interprétation conforme au droit supérieur peut être donnée.

9. Au vu de ce qui précède, contraire au droit fédéral, l'art. 12 let. b à g LAEI est frappé de nullité (art. 189 Cpa). Cette disposition est toutefois séparable de l'ensemble de la loi qui, malgré cette annulation peut remplir son but. La procédure législative peut ainsi suivre son cours conformément à l'art. 187 Cpa et la loi peut être mise en vigueur. Toutefois, le Gouvernement peut demander au Parlement ou celui-ci peut prendre l'initiative de procéder à une nouvelle lecture ; la loi ne peut alors être mise en vigueur (art. 189 al. 2 Cpa).

10. La procédure est gratuite (art. 231 al. 1 2<sup>e</sup> phrase Cpa). Une indemnité de dépens réduite est accordée aux requérantes qui obtiennent très partiellement gain de cause (art. 227 Cpa applicable par analogie).

**PAR CES MOTIFS**

**LA COUR CONSTITUTIONNELLE**

**constate**

que les art. 6, 9 et 14 LAEI sont conformes au droit fédéral ;

**dit**

que l'art. 12 let. b à g LAEI est contraire au droit supérieur et en prononce la nullité ;

**constate**

que la disposition annulée est séparable de la loi attaquée, partant,

**dit**

que la loi attaquée peut être mise en vigueur sans la disposition annulée, l'art. 189 al. 2 Cpa étant réservé ;

**dit**

que la procédure est gratuite ;

**alloue**

aux requérantes une indemnité de dépens réduite de CHF 700.- (débours et TVA compris) à payer par l'Etat ;

**ordonne**

la publication du dispositif du présent arrêt au Journal officiel ;

**informe**

les parties des voie et délai de recours, selon avis ci-après ;

**ordonne**

la notification du présent arrêt :

- aux requérantes, par leur mandataire, Me Phyllis Scholl, avocate à Zurich ;
- au Gouvernement de la République et Canton du Jura, Hôtel du Gouvernement, rue de l'Hôpital 2, 2800 Delémont ;
- au Bureau du Parlement de la République et Canton du Jura.

Porrentruy, le 5 juin 2023

**AU NOM DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE****La présidente:****La greffière :**

Sylviane Liniger Odiet

Carine Guenat

**Communication concernant les moyens de recours :**

*Le présent arrêt peut faire l'objet, **dans les trente jours** suivant sa notification, d'un recours au Tribunal fédéral. Le recours en matière de droit public s'exerce aux conditions des articles 82ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF - RS 173.110), le recours constitutionnel subsidiaire aux conditions des articles 113 ss LTF. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14; il doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit. Si le recours n'est recevable que s'il soulève une question juridique de principe, il faut exposer en quoi l'affaire remplit cette condition. Les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes au mémoire, pour autant qu'elles soient en mains de la partie; il en va de même de la décision attaquée.*

*Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral, soit, à l'attention de ce dernier, à la Poste **Suisse** ou à une représentation diplomatique ou consulaire **suisse** (art. 48 al. 1 LTF).*