

# La contractualisation en droit public

Edité par

Véronique Boillet, Anne-Christine Favre,  
Thierry Largey et Vincent Martenet

# La contractualisation en droit public

Édité par  
Véronique Boillet, Anne-Christine Favre,  
Thierry Largey et Vincent Martenet

Citation suggérée: VÉRONIQUE BOILLET / ANNE-CHRISTINE FAVRE / THIERRY LARGEY / VINCENT MARTENET (éds), *La contractualisation en droit public*, collection «Pratique du droit administratif», Genève/Zurich 2021, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8777-3

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2021  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France: LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense,  
92044 Paris La Défense  
[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,  
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;  
courriel: [patrimoine@telenet.be](mailto:patrimoine@telenet.be)

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

# Sommaire

ANNE-CHRISTINE FAVRE	La contractualisation en droit public	7
THIERRY TANQUEREL	Au-delà des apparences: le contrat de droit public est-il vraiment bilatéral? .....	19
DAVID RENDERS/ AURORE PERCY	La contractualisation en droit administratif belge: entre gris clair et gris foncé .....	45
ULRICH STELKENS	Le droit allemand des contrats administratifs: aspects choisis .....	67
ANTONY TAILLEFAIT	Perturbations dans les droits contractuel et statutaire de la fonction publique en Europe .....	89
JÉRÔME CANDRIAN	La double pertinence du principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats de travail conclus par la Confédération: impératif contractuel et impératif de l'Etat de droit .....	109

Sommaire

BENOÎT BOVAY / PAULINE MONOD	Les conventions de droits à bâtir ..... 139
THIERRY LARGEY	La place du contrat dans le domaine de l’approvisionnement en électricité, en droit suisse ..... 175

# La place du contrat dans le domaine de l’approvisionnement en électricité, en droit suisse

THIERRY LARGEY

*Professeur à l’Université de Lausanne*

## I. Introduction

Le marché de l’électricité met en relation des producteurs offrant de l’énergie issue de diverses sources et les consommateurs qui en acquièrent selon leurs besoins. Pour en assurer le fonctionnement, ces deux groupes d’acteurs économiques sont mis en relation par le biais d’un lien physique : le réseau électrique. Interviennent alors d’autres opérateurs dont dépendent le transport et la distribution de l’électricité, en particulier les gestionnaires de réseau de distribution (GRD)<sup>1</sup>. En Suisse, l’approvisionnement en électricité relève de l’industrie de l’énergie ; la Confédération et les cantons sont appelés à fixer les conditions-cadres nécessaires à l’accomplissement de cette tâche d’intérêt public<sup>2</sup>.

Par le passé, les consommateurs étaient liés exclusivement à un gestionnaire de réseau, chargé de la distribution et de la fourniture en électricité. Ces activités s’apparentaient à certains égards à un service public prévu dans le droit cantonal ou communal. Lorsque la fourniture incombait à des services industriels communaux, la relation qui se tissait entre le distributeur et le consommateur relevait du droit public ; la distribution s’apparentait alors à une tâche publique<sup>3</sup>. Le prix de l’électricité était global, comprenant tant celui de l’énergie proprement dite que celui de l’utilisation et de l’aménagement du réseau électrique (tarifs « *all-in* »). Les autres relations juridiques relevaient du droit privé et reposaient sur

---

1 La Suisse présente un nombre important d’exploitants de réseaux locaux, avoisinant 700. MÜLLER (2016) p. 67 ; ROBERT-NICOUD (2018) n° 11.

2 Art. 6 al. 2 de la loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l’énergie (LEne, RS 730.0). Voir également Message LApEl, FF 2005 1493, 1498.

3 ATF 105/1979 II 234 ; ATF 138/2012 I 454, 462 s., c. 3.6.2 avec les références citées ; ATF 137/2010 I 120. Voir en doctrine JAGMETTI (2005) n° 6408 ss ; WEBER/KRATZ (2005) p. 257.

une base contractuelle<sup>4</sup>. Ce modèle économique était caractérisé par une forte intégration verticale des activités de production, de transport et de distribution, ainsi que par un monopole des gestionnaires de réseau – pour le moins naturel, parfois de droit et de fait<sup>5</sup>. Dans ces circonstances, la liberté du consommateur était réduite – si ce n’est inexistante – alors que la sécurité de l’approvisionnement ne pouvait être pleinement garantie.

Après le refus en votation populaire de loi sur le marché de l’électricité (LME) en septembre 2002<sup>6</sup>, il apparaissait que les conditions-cadres de l’approvisionnement en électricité en Suisse ne correspondaient plus aux exigences légales et à la situation du marché de l’énergie en Europe<sup>7</sup>. Dans un arrêt du 17 juin 2003, le Tribunal fédéral a admis que la législation sur les cartels s’applique au secteur de l’électricité – en particulier s’agissant du droit d’accès au réseau. En substance, la recourante, une entreprise productrice et gestionnaire de réseau, s’est vue contrainte d’acheminer à l’un de ses clients le courant d’un producteur tiers<sup>8</sup>.

L’adoption de la loi fédérale du 23 mars 2007 sur l’approvisionnement en électricité (LApEl)<sup>9</sup>, en date du 1<sup>er</sup> janvier 2008, avait pour objectif d’assurer la sécurité de l’approvisionnement y compris dans un contexte libéralisé, avec une sécurité juridique pour les investissements. Elle devait amener la transparence dans les prix de l’électricité, ainsi qu’un libre accès aux informations<sup>10</sup>. La méthode du prix global a été en ce sens abandonnée au profit de prix distinguant les taxes ainsi que les tarifs de transport, de distribution et d’achat d’énergie – cette approche supposant une comptabilité analytique des opérateurs<sup>11</sup>. Le marché est en outre régulé par une autorité indépendante chargée de veiller au respect de la LApEl et de la LEnE: la Commission fédérale de l’électricité (El-Com). Force est toutefois de constater que le régime juridique instauré

---

4 POLTIER (2020) n° 721.

5 POLTIER (2020) nos 620-622.

6 Message LME, FF 1999 6646.

7 Message LApEl, FF 2005 1493, 1499 ss.

8 ATF 129/2003 II 497.

9 RS 734.7.

10 Message LApEl, FF 2005 1493, 1500.

11 Art. 12 LApEl.

par la LApEl et son ordonnance reste passablement hermétique et difficilement accessible à la majeure partie des consommateurs ordinaires. Que l'on songe à la détermination du tarif de l'électricité qui, pour être équitable, transparente et uniforme, devient illisible pour la plupart des ménages découvrant leur facture; le principe même du mode de calcul n'a été que récemment consacré par la jurisprudence<sup>12</sup>. Indéterminée à de nombreux égards, la LApEl confère un important pouvoir d'appréciation aux autorités et aux délégataires de tâches publiques que sont les entreprises électriques; la marge de manœuvre qui en découle n'en reste pas moins incertaine et encore largement à circonscrire par l'autorité de régulation et le droit prétorien. Le texte légal débouche ainsi sur une insécurité juridique manifeste et d'importantes difficultés d'interprétation; certains auteurs évoquent à ce titre un faux-pas légistique ou une navigation à l'aveugle<sup>13</sup>.

La qualification des relations juridiques qui se nouent entre opérateurs et entre opérateurs et clients finaux n'échappe pas à cette insécurité juridique. La LApEl n'apporte pas de réponse claire à cette question fondamentale qui influe directement sur le règlement des litiges en matière d'électricité; elle paraît laisser, en la matière, une large marge de manœuvre aux agents du marché de l'électricité. Compte tenu de la diversité des relations et de la participation à l'approvisionnement électrique d'établissements et de corporations de droit public, voire de délégataires de droit privé, le problème apparaît d'autant plus épineux<sup>14</sup> et à aborder de manière systématique et rigoureuse. Dans ce contexte se pose avec une acuité particulière la question de la place laissée par le législateur aux instruments contractuels, dans le domaine de l'approvisionnement en électricité.

Pour y répondre, notamment s'agissant des relations tissées par les consommateurs finaux, il convient préalablement de développer plus avant les caractéristiques du marché de l'électricité en Suisse (II) et d'identifier les relations juridiques pertinentes dans le système complexe instauré par la législation sur l'approvisionnement en électricité (III).

---

<sup>12</sup> Arrêt TF 2C\_828/2019 du 16 juillet 2020. Voir également ATF 142/2016 II 451, 474 s., c. 5.2.7.3 pour un premier arrêt en la matière.

<sup>13</sup> Respectivement FÖHSE (2015) p. 135 et FÖHSE (2018) p. 1245.

<sup>14</sup> POLTIER qualifie le problème de « diabolique » (note à propos de l'ATF 142/2016 II 451 dans *RDAF* 2017 I 443, p. 445).



Sur cette base, la présente contribution propose de qualifier les relations ainsi identifiées et d'évaluer la légalité du procédé contractuel, en faisant reposer son examen sur les principes du droit administratif général (IV).

## II. Les caractéristiques du marché de l'électricité

En adoptant la LApEl, le législateur visait à instaurer un véritable marché de l'électricité. Pour que celui-ci puisse réellement fonctionner selon les règles de l'offre et de la demande, il a néanmoins fallu lever l'obstacle du monopole naturel et historique des gestionnaires de réseau (A) et engager un processus de libéralisation. La première étape de celle-ci conduit à la coexistence de deux régimes juridiques, l'un soumis aux règles du droit d'accès et l'autre bénéficiant de l'approvisionnement de base (B). De surcroît, le marché de l'électricité est soumis à la surveillance et la régulation indépendante de l'ElCom (C).

### A. La prise en compte du monopole naturel des gestionnaires de réseau

#### 1. *Le dégroupage des services électriques*

Dans le modèle antérieur à la LApEl, chaque consommateur était juridiquement et physiquement lié à un gestionnaire de réseau, lequel l'approvisionnait en électricité grâce aux installations de transport et de distribution (lignes électriques) qui lui appartenait. L'entreprise électrique disposait ainsi d'un monopole naturel excluant l'intervention d'autres exploitants de réseau et une concurrence dans ce domaine. Ce monopole perdue avec le nouveau régime dès lors que les coûts d'aménagement d'un nouveau réseau de distribution sont si importants qu'ils rendent quasiment impossible l'intrusion de nouveaux concurrents.

Le législateur a dû composer avec le monopole naturel des distributeurs en veillant à ce qu'il ne puisse pas contrecarrer la libéralisation du marché de l'électricité ou entraver l'approvisionnement en électricité de tous les consommateurs finaux. La LApEl a ainsi instauré un marché de l'électricité qui n'est viable qu'avec l'intervention de l'Etat<sup>15</sup>. Le premier obstacle consiste à annuler les effets économiquement néfastes de la concentration des différentes activités de production, de transport et de

---

<sup>15</sup> FÖHSE (2015) p. 129.

distribution au sein d’un même opérateur. En substance, il s’agit d’empêcher les conflits d’intérêts que pourrait avoir un producteur/gestionnaire de réseau entre sa tâche publique de distribution à la faveur de la sécurité de l’approvisionnement et son intérêt privé à fournir sa propre énergie en utilisant sa position dominante en tant que détenteur de l’installation de distribution.

Afin que le marché de l’électricité puisse fonctionner normalement et sans discrimination<sup>16</sup>, il est indispensable de le soumettre à une régulation spécifique garantissant la dissociation des activités de production, de transport et de distribution d’énergie. On parle de dégroupage des services électriques (*unbundling*, *Entflechtung*) et de séparation des activités relevant du marché des autres activités<sup>17</sup>. Le dégroupage emprunte deux voies. D’une part, l’activité de transport fait l’objet d’un dégroupage juridique qui a conduit à la création de la Société nationale de transport Swissgrid SA (art. 18 ss LApEl). Celle-ci exploite en monopole (de droit) le réseau national de transport à très haute tension (220 kV et 380 kV); elle l’a acquis auprès des opérateurs électriques qui les détenait avant l’entrée en vigueur de la LApEl, pour en être actuellement propriétaire (art. 18 al. 2 LApEl). D’autre part, les activités de production et de distribution doivent être dissociées pour le moins comptablement; les subventions croisées entre elles sont en particulier proscrites par l’article 10 al. 1 et 3 LApEl<sup>18</sup>.

## 2. *L’existence d’un monopole de droit sur la distribution d’électricité?*

Le monopole naturel sur la distribution d’électricité était parfois complété par un monopole de droit des sociétés électriques. Avec l’entrée en vigueur de la LApEl, l’existence d’un monopole de droit sur la distribution d’électricité fait débat. Certains auteurs ont tendance à l’admettre sur la base du droit fédéral, pour l’approvisionnement de base<sup>19</sup>. Selon eux, l’obligation d’approvisionner emporte le droit exclusif de fournir l’électricité du réseau. En ce sens le monopole du gestionnaire de réseau

---

<sup>16</sup> ATF 144/2018 III 111, 112, c. 5.1

<sup>17</sup> POLTIER (2020) n<sup>os</sup> 623 ss. Voir également ROBERT-NICOUD (2018) n<sup>os</sup> 36 ss.

<sup>18</sup> POLTIER (2020) n<sup>os</sup> 635 ss.

<sup>19</sup> ROBERT-NICOUD (2018) n<sup>os</sup> 26; FÖHSE (2015) p. 140 ss; FÖHSE (2018) p. 1237.

ne découle pas d'une concession de fourniture (de service public), mais de l'attribution des zones de desserte prévue à l'article 5 al. 1 LApEl.

Le Tribunal fédéral est d'avis, au contraire, que la LApEl ne prévoit pas de monopole de droit<sup>20</sup>; il n'exclut toutefois pas qu'un tel monopole puisse exister sur la base du droit cantonal, dans le cadre de l'octroi des zones de desserte<sup>21</sup>. L'argument de la Cour fédérale est double. En premier lieu, les articles 5 al. 2 et 6 LApEl imposent une obligation de fourniture de la part du gestionnaire de réseau, mais pas un monopole sur la fourniture. Les consommateurs captifs ne sont légalement pas obligés d'acheter leur électricité auprès du gestionnaire de réseau de leur zone de desserte; dans la mesure où ils peuvent acquérir de l'électricité ailleurs, même sans disposer de raccordement au réseau, il n'existe aucune base légale qui leur interdirait de le faire. Les consommateurs éligibles peuvent, quant à eux, s'adresser à un fournisseur tiers en se prévalant de leur droit d'accès (art. 13 al. 1 LApEl). De surcroît, les consommateurs peuvent recourir à la consommation propre (art. 16 à 18 LEnE). En second lieu, une atteinte grave à la liberté économique requiert une base légale formelle; la LApEl apparaît insuffisante à ce titre.

La divergence repose au premier chef sur la question de savoir si l'activité économique de fourniture d'électricité est exclusivement réservée au gestionnaire de réseau dans sa zone de desserte ou si les consommateurs peuvent se fournir sans avoir recours aux services du gestionnaire en question. Dit autrement, l'article 5 LApEl institue-t-il une obligation de se fournir auprès de son gestionnaire de réseau désigné par le canton (monopole de droit indirect)<sup>22</sup> ?

---

20 ATF 141/2015 II 141, 151 ss, c. 4 et 5.1. Voir à propos de cet arrêt POLTIER (2020) n° 651.

21 La question est pour le moins laissée ouverte par le Tribunal fédéral. ATF 141/2015 II 141, 152 s., c. 4.4. Voir également Arrêt TF 2C\_339/2017 du 24 mai 2018, c. 1.2.2; Arrêts TF 2C\_12, 13/2016 du 16 août 2016, c. 3.3.2. A suivre l'argumentation avancée par le Tribunal fédéral afin d'exclure l'existence d'un monopole de droit fédéral, on ne perçoit pas comment un monopole de droit cantonal sur la fourniture d'électricité pourrait être admis. En vertu de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 Cst.), le droit cantonal ne peut notamment pas empêcher la consommation propre prévue aux art. 16 à 18 LEnE ou l'approvisionnement auprès de tiers pour les consommateurs éligibles disposant du droit d'accès; il ne saurait ainsi contraindre les consommateurs – quels qu'ils soient – à un approvisionnement exclusif auprès du gestionnaire de réseau de leur zone de desserte.

22 A ce propos MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 156.

S'agissant de l'approvisionnement de base, bien que la possibilité soit largement hypothétique<sup>23</sup>, hors de la consommation propre, le consommateur n'est légalement pas contraint de soutirer l'électricité auprès de son gestionnaire de réseau. L'attribution de zones de desserte se comporte comme une délégation de tâche publique de nature économique<sup>24</sup>. En pratique, il apparaît que les clients captifs échouent en principe à satisfaire à l'ensemble de leurs besoins par leurs seuls moyens propres; ils doivent en principe soutirer une part au moins de leur électricité sur le réseau de distribution étatique en bénéficiant d'un raccordement; le cas échéant, ils n'ont pas le choix de leur fournisseur. Partant, il faut en déduire que la livraison d'électricité fait l'objet d'un monopole de droit public, tant à propos de sa distribution en vertu de l'article 5 LApEl que du transport avec l'article 18 LApEl<sup>25</sup>.

## B. La libéralisation partielle du marché de l'électricité

La libéralisation du marché de l'électricité découle de l'adoption de la LApEl. Elle prévoit une ouverture à la concurrence en deux étapes, la première ayant été franchie à l'article 6 LApEl. En découlent deux régimes juridiques différents selon la qualité du consommateur<sup>26</sup>.

L'ouverture du marché est garantie en faveur des consommateurs dits « éligibles », dont la consommation excède annuellement 100 MWh par site de consommation (art. 6 al. 2 LApEl). Ceux-ci sont libres d'acquérir de l'électricité auprès du fournisseur de leur choix. En contrepartie, ils disposent d'un droit d'accès au réseau (*regulated third party access*) en vertu des articles 6 al. 6 et 13 LApEl. Dans cette situation, la régulation porte uniquement sur le raccordement et l'utilisation du réseau électrique.

---

<sup>23</sup> Le Tribunal fédéral l'admet explicitement. ATF 141/2015 II 141, 152 s., c. 4.4.

<sup>24</sup> ATF 141/2015 II 141, 160, c. 7.

<sup>25</sup> Dans le même sens, POLTIER (2020) n° 739; FÖHSE (2015) p. 141, avec le raisonnement tiré de l'ATF 125/1999 II 508.

<sup>26</sup> Arrêt TF 2C\_828/2019 du 16 juillet 2020, c. 6.6. Voir également POLTIER (2020) n°s 623 ss.

Afin de répondre aux préoccupations de la population qui avaient conduit au rejet du projet de LME dans les urnes<sup>27</sup>, les autres consommateurs ainsi que les consommateurs éligibles qui renoncent à leur droit d'accès bénéficient des garanties relatives à l'approvisionnement de base. Ce dernier recouvre en particulier le droit du consommateur final de se connecter au réseau électrique à des prix raisonnables<sup>28</sup>. Est ainsi ancrée dans la loi une forme de service public<sup>29</sup> garantissant la fourniture électrique de tous les ménages raccordés au réseau de distribution – pour lesquels l'accès au marché libre ne présente pas un intérêt évident<sup>30</sup>. Dans ce contexte, le marché n'est pas ouvert et la régulation et porte tant sur le raccordement au réseau et son utilisation que sur l'acquisition de l'énergie. En tant qu'exploitants du réseau au sens de l'article 5 LApEl, les gestionnaires de réseau de distribution sont tenus, par la loi, de veiller au raccordement des consommateurs « captifs » dans leur zone de desserte et de leur fournir l'électricité à des tarifs équitables et uniformes (art. 6 al. 1 et 2 LApEl)<sup>31</sup>.

Le 3 avril 2020, le Conseil fédéral a décidé de proposer à l'Assemblée fédérale l'ouverture complète du marché de l'électricité à tous les clients (deuxième étape, initialement prévue à l'art. 7 LApEl). Elle est une condition de base à un accord sur l'électricité avec l'Union européenne<sup>32</sup> et permettrait d'assurer une égalité de traitement des producteurs et consommateurs, ainsi qu'une meilleure intégration des énergies renouvelables sur le marché<sup>33</sup>. Le 18 juin 2021, le Conseil fédéral a adopté le message concernant la loi fédérale relative à un approvisionnement

---

27 Le refus du texte a été attribué à une ouverture du marché qui ne prenait pas suffisamment en considération les intérêts des ménages. Voir à propos de ce projet de loi FELLEY/ROBERT-NICOUD (2002) p. 165 ss.

28 Message LApEl, FF 2005 1493, 1501.

29 Le service public regroupe les tâches publiques qui consistent en la fourniture de prestations concrètes à la population; ces prestations sont concrètes et destinées à satisfaire simultanément des intérêts particuliers et la réalisation d'un intérêt public. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 474-475.

30 POLTIER (2020) n° 649; WEBER/KRATZ (2005) § 4 n° 53, § 8 n° 196.

31 *Infra* IV.D.2. Voir également *Infra* IV.E.2, s'agissant des consommateurs éligibles.

32 <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/fr/home/detec/medias/communiqués-de-presse/msg-id-68557.html>> (consulté le 20 juillet 2021).

33 DETEC (2019) p. 8; CONSEIL FÉDÉRAL (2018), p. 29.

en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables<sup>34</sup>. Ce projet comprend la révision simultanée de la LENE et de la LAPeL de sorte à renforcer le développement des énergies renouvelables indigènes et la sécurité de l'approvisionnement de la Suisse, en particulier durant l'hiver<sup>35</sup>. Il prévoit également l'ouverture complète du marché de l'électricité, en particulier dans le but de renforcer la production décentralisée d'électricité renouvelable. Selon les intentions du gouvernement, à l'avenir, les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est inférieure à 100 MWh par site de consommation devront pouvoir également rejoindre le marché libre et exercer leur droit d'accès. Ils auront toutefois « le droit » de rester dans l'approvisionnement de base avec des tarifs régulés ou d'y revenir s'ils ne font plus usage de leur droit d'accès; en ces cas, les gestionnaires de réseau devront leur fournir par défaut un produit électrique basé exclusivement sur l'utilisation d'énergie indigène issue de sources renouvelables (produit électrique standard)<sup>36</sup>. La preuve de la provenance et de la qualité de l'électricité devra être fournie par le biais de garanties d'origines (GO) selon l'article 9 LENE<sup>37</sup>. Les consommateurs finaux dont la consommation excède annuellement 100 MWh seront quant à eux tenus d'intégrer le marché libre. Dans la situation où un consommateur final exerçant son droit d'accès n'est plus approvisionné par son fournisseur ou n'a pas choisi un fournisseur en temps utile à l'issue de l'accord de fourniture, le gestionnaire de réseau de sa zone de desserte doit lui assurer en dernier recours un « approvisionnement de remplacement », lequel n'est pas tenu par les tarifs de l'approvisionnement de base<sup>38</sup>.

---

34 OFEN (2020a). Un avant-projet de révision de la LAPeL, ouvert à la consultation le 17 octobre 2018, visait déjà l'ouverture complète du marché de l'électricité. DETEC (2019) p. 8 ss. Voir également <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-72549.html>> (consulté le 20 juillet 2021).

35 Voir <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/fr/home/detec/medias/communiques-de-presse.msg-id-84018.html>> (consulté le 20 juillet 2021).

36 Art. 6 al. 1 et 2 du projet de révision de la LAPeL. Cet article constitue le cœur de l'ouverture du marché de l'électricité. Il présente quelques modifications rédactionnelles par rapport à l'art. 7 de la LAPeL de 2008, lequel n'est pas entré en vigueur.

37 CONSEIL FÉDÉRAL (2021), p. 82.

38 Art. 7 du projet de révision de la LAPeL. L'approvisionnement de remplacement concerne l'ensemble des consommateurs finaux, même si leur consommation annuelle dépasse 100 MWh. Il s'agit d'une solution de dernier recours qui n'est pas obligatoire. Voir à ce propos CONSEIL FÉDÉRAL (2021), p. 84.

### C. La régulation du marché par l'ElCom

La régulation du marché électrique est confiée, en Suisse, à l'ElCom en tant qu'autorité indépendante. Les attributions de celle-ci sont très étendues et concernent aussi bien des prérogatives propres à une autorité de surveillance que des compétences de règlement des litiges<sup>39</sup>.

L'article 22 al. 1 LApEl confie à l'ElCom le mandat général de veiller au respect des dispositions de la loi. Cette tâche s'étend à l'ensemble des domaines régulés, en particulier en matière de tarifs de l'électricité, qu'il s'agisse de l'utilisation du réseau (*Netznutzungsentgelte*) ou de la rémunération de l'énergie. L'ElCom ne bénéficie toutefois pas du pouvoir d'approbation en la matière; elle ne peut intervenir qu'*a posteriori*, d'office ou sur dénonciation<sup>40</sup>.

En vertu de l'article 22 al. 2 let. a LApEl, l'ElCom statue en première instance sur les litiges en matière d'accès au réseau pour les clients éligibles, de conditions d'utilisation du réseau ou d'application des tarifs de l'utilisation du réseau pour l'ensemble des consommateurs, ainsi que de la rémunération de l'électricité dans le cadre de l'approvisionnement de base<sup>41</sup>. Elle statue par voie de décisions, celles-ci pouvant faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral (art. 23 LApEl)<sup>42</sup>. Le pouvoir d'examen de l'ElCom est limité à la légalité; elle ne peut intervenir dans la marge d'appréciation du gestionnaire de réseau<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Arrêt TF 2C\_109, 115/2020 du 7 octobre 2020, c. 4.1.1.

<sup>40</sup> ATF 137/2011 III 522, 526 ss, c. 1.5; ATF 142/2016 II 451, 460 s., c. 3.6.1; Arrêt TF 2C\_828/2019 du 16 juillet 2020, c. 3.1; Arrêt TF 2C\_109, 115/2020 du 7 octobre 2020, c. 4.1.1.

<sup>41</sup> La compétence du juge civil est ainsi exclue en la matière. ATF 142/2016 II 451, 462, c. 3.6.2 (prix de l'électricité); Arrêt TF 2C\_113/2016 du 16 août 2016 (accès au réseau).

<sup>42</sup> WYSS, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 22 LApEl n° 7.

<sup>43</sup> ATF 142/2016 II 451, 466, c. 4.5.2; Arrêt TF 2C\_109, 115/2020 du 7 octobre 2020, c. 4.1.1.

### III. L'approvisionnement électrique, un enchevêtrement d'activités et de relations juridiques

#### A. Le principe de la sécurité de l'approvisionnement

L'approvisionnement en énergie est défini à l'article 6 al. 1 LEne. Il comprend un nombre considérable d'activités et de services permettant de mettre en relation le consommateur (demande) et le producteur (offre), respectivement dans le cadre de l'approvisionnement de base ou d'un marché de l'électricité axé sur la concurrence. Schématiquement, ces différents services peuvent être regroupés en quatre catégories évoquant les étapes fondamentales de l'approvisionnement : la production ; le transport à très haute tension sur le réseau national ; la distribution à haute, moyenne et basse tension sur le réseau régional et local<sup>44</sup> ; la fourniture aux consommateurs, autrement dit la mise à disposition effective de l'électricité dont ils ont besoin. Compte tenu de la structure actuelle du marché de l'électricité, chacune des étapes de l'approvisionnement implique différents acteurs qui font partie d'une chaîne complexe de relations économiques et juridiques.

Le consommateur final, qu'il soit captif ou éligible, constitue le dernier maillon de la chaîne de l'approvisionnement électrique ; il n'en constitue pas moins le centre de gravité en tant que la satisfaction de ses besoins en énergie constitue le moteur et la finalité de l'approvisionnement. A ce titre, l'article 89 al. 1 de la Cst.<sup>45</sup> pose comme principe directeur et objectif de la politique énergétique suisse la sécurité de l'approvisionnement<sup>46</sup>. La Confédération et les cantons sont appelés à mettre en œuvre

---

<sup>44</sup> Le réseau électrique comporte sept niveaux. Le premier niveau désigne le transport assuré par Swissgrid sur le réseau national à très haute tension. Les niveaux 3, 5 et 7 comprennent la distribution respectivement à haute, moyenne et basse tension. Les niveaux 2, 4 et 6 désignent les niveaux de transformation de la tension électrique. Voir à ce propos <<https://www.swissgrid.ch/fr/home/operation/power-grid/grid-levels.html>> (consulté le 20 juillet 2021). Voir également MÜLLER (2016) p. 67.

<sup>45</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

<sup>46</sup> Voir l'art. 7 al. 1 LEne, à propos des « principes directeurs » de l'approvisionnement énergétique. La sécurité de l'approvisionnement est rappelée aux art. 1 al. 1 LEne et 1 al. 1 LApEl ; le cadre de sa mise en œuvre figure aux art. 5 à 9e LApEl. Dans l'Union européenne, le marché intérieur de l'électricité a également pour finalité de contribuer à un niveau élevé de sécurité de l'approvisionnement, tout en assurant des prix et des coûts énergétiques abordables et transparents aux consommateurs (par. 2 et art. premier de la directive [UE] 2019/944 du Parlement européen et du



conjointement cet intérêt public de portée nationale<sup>47</sup>, lequel implique d'assurer un approvisionnement énergétique quantitativement « suffisant », qualitativement « diversifié » et « sûr », mais également « économiquement optimal et respectueux de l'environnement ».

La promotion d'un approvisionnement en quantité et qualité suffisantes doit permettre de garantir en tout temps la satisfaction des besoins en énergie de la population. En substance, il s'agit, sur le plan technique, de prévenir tout *blackout* électrique<sup>48</sup> en disposant de capacités énergétiques suffisantes, d'une tension du réseau stable et de réseaux adaptés et sûrs. De surcroît, il s'agit de garantir du point de vue économique l'accès des ménages à l'électricité, par la pratique de « tarifs équitables » (*angemessenen Tarifen*, art. 6 al. 1 LApEl)<sup>49</sup> – ces derniers devant également contribuer à préserver la capacité économique de production et de transport des entreprises électriques. Bien que l'article constitutionnel ne l'indique pas expressément, le principe de la sécurité de l'approvisionnement apparaît ainsi comme le corollaire du droit sous-jacent dont bénéficient les consommateurs finaux à la fourniture en électricité selon leurs besoins. En clair, la branche électrique doit garantir la sécurité de l'approvisionnement en veillant à satisfaire en tout temps aux besoins en électricité de la population; la sécurité et la garantie de l'approvisionnement vont donc de pair<sup>50</sup>. Ces principes ne font toutefois pas obstacle à l'infléchissement, voire la réduction, des besoins des consommateurs – par des mesures d'économie d'énergie et d'efficacité énergétique à la faveur d'une « consommation économe et rationnelle de l'énergie » (art. 89 al. 1 Cst.).

---

Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité).

47 Art. 15d de la loi fédérale du 24 juin 1902 sur les installations électriques (LIE, RS 734.0): « L'approvisionnement en énergie électrique revêt un intérêt national. »

48 Le *blackout* est une panne d'électricité de grande envergure touchant un très grand nombre de personnes. AES (2020) p. 1.

49 Voir à ce propos Message LApEl, FF 2005 1493, 1501-1502. Le Conseil fédéral précise que la sécurité de l'approvisionnement est garantie si la quantité d'énergie demandée est disponible en tout temps dans l'ensemble du réseau électrique au niveau de qualité requis et à des prix équitables.

50 A cet égard, le titre du Ch. 2 de la LApEl est intitulé « Garantie et sécurité de l'approvisionnement ».

Le principe de la sécurité de l’approvisionnement découle de la volonté du Constituant d’assurer « un ravitaillement énergétique » qui soit suffisant<sup>51</sup>. Il est consacré par le législateur dans l’obligation de fournir les consommateurs finaux formulée aux articles 1 al. 2 let. a LEne et 6 al. 1 LApEl. Cette obligation n’est pas dénuée d’influence sur les relations juridiques nouées par les consommateurs finaux. Les droits que ceux-ci peuvent en tirer leur permettent de prétendre à la livraison en électricité en tout temps, plus concrètement d’être branchés au réseau afin de soutenir la quantité et la qualité d’énergie qu’ils désirent, à des prix respectant l’équité (s’agissant de l’approvisionnement de base pour cette dernière exigence). Bien que disposant d’une certaine marge de manœuvre, les autres agents économiques et au premier chef les gestionnaires de réseau ne sont dès lors pas entièrement libres sur un marché de l’électricité fortement régulé – ni quant aux clients avec qui entrer en relation, ni quant au contenu proprement dit de la relation. Cette réserve est susceptible d’influer sur un éventuel procédé contractuel, lorsque la place laissée à la volonté des agents économiques se trouve *de lege* restreinte ou exclue par l’obligation de fournir l’électricité.

## B. Le caractère systémique de l’approvisionnement en électricité

Le principe de la sécurité de l’approvisionnement implique *in fine* que les consommateurs puissent disposer de l’électricité dont ils ont besoin; ce dénouement suppose en toute logique que l’énergie produite en Suisse ou à l’étranger puisse être matériellement acheminée jusqu’aux clients finaux, au travers de la chaîne des services caractérisant l’approvisionnement en électricité. La fourniture proprement dite d’électrons n’est possible que si le producteur comme le consommateur peuvent se raccorder et utiliser le réseau électrique.

Il existe ainsi un lien *de facto*<sup>52</sup> entre les différentes activités caractérisant l’approvisionnement en électricité qui en fait un véritable système de services coordonnés entre eux. Dans l’approvisionnement de base, le raccordement au réseau et son utilisation sont indéfectiblement liés à la fourniture d’électricité. Le client captif à qui une certaine quantité d’énergie doit être fournie (art. 6 al. 1 LApEl) doit pouvoir être raccordé au

---

<sup>51</sup> Message Cst., FF 1997 I 1, 271.

<sup>52</sup> Arrêt TF 2C\_12, 13/2016 du 16 août 2016, c. 3.3.3 et 3.4.

réseau de distribution (art. 5 al. 2 à 5 LApEl). S'agissant des consommateurs éligibles, le libre choix du producteur ne doit pas faire obstacle à la fourniture garantie à l'article 6 al. 1 LApEl également. Pour cela, ils disposent d'un « droit d'accès » leur assurant l'utilisation du réseau, indépendamment de la provenance de l'électricité à acheminer (art. 13 al. 1 LApEl)<sup>53</sup>.

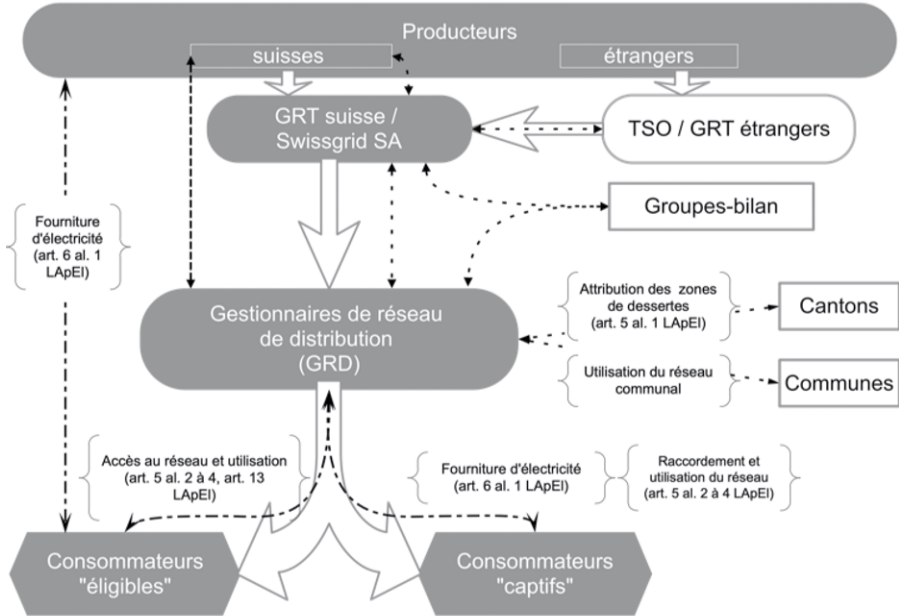


Figure 1: Schéma simplifié de l'approvisionnement en électricité; les flèches pleines présentent le flux d'énergie, les flèches en traits tillés les relations juridiques nouées.

Le système de l'approvisionnement électrique ne se limite pas aux services de la seule fourniture, mais s'étend à l'ensemble des activités et des acteurs de l'approvisionnement en électricité. En particulier, le contrôle de l'exploitation du réseau doit être coordonné avec l'injection et le

<sup>53</sup> Le droit d'accès concerne l'ensemble des acteurs du marché de l'électricité, à l'exception des consommateurs captifs (art. 6 al. 6 LApEl) : les consommateurs éligibles, les sociétés de fourniture d'électricité, les producteurs d'électricité ou encore les sociétés de négoce. Arrêt TF 2C\_12, 13/2016 du 16 août 2016, c. 3.3.3. Voir en doctrine BALTHAZAR (2007) p. 37; WALDNER (2010) p. 1316. Voir également Message LApEl, FF 2005 1493, 1535.

soutirage d'électricité<sup>54</sup>. L'approvisionnement de la Suisse ne peut être assuré que si l'exploitation du réseau de transport et de distribution est non discriminatoire, fiable et performante (art. 20 al. 1 LApEl). En particulier, la stabilité du réseau électrique représente une fonction indispensable à l'approvisionnement électrique<sup>55</sup>. Elle exige qu'il y ait toujours autant d'électricité injectée dans le réseau que d'électricité soutirée et qu'une fréquence de 50 Hz soit garantie en tout temps sur le réseau. La société nationale de transport doit y pourvoir. Swissgrid est alors chargée de gérer l'unique zone de réglage de Suisse en assumant la gestion des bilans d'ajustement du réseau; il lui incombe à ce titre de mettre à disposition des énergies de réglages<sup>56</sup> ou d'acquérir les capacités de transport requises. Il lui appartient de surcroît de régler la collaboration entre les exploitants de centrales électriques, les gestionnaires de réseau ainsi que les autres parties concernées – y compris les gestionnaires de transport (TSO/GRT) étrangers (art 20 al. 2 LApEl).

Un approvisionnement sûr et suffisant dépend du fonctionnement effectif du système constitué par les divers services électriques et par conséquent des relations qui unissent à chaque étape les différents opérateurs du marché de l'électricité. A cet égard, le choix de l'instrument juridique opéré par le législateur et les acteurs du marché électrique pour nouer juridiquement entre eux les maillons de la chaîne d'approvisionnement ne peut ignorer l'objectif d'efficacité du système dans sa globalité et le but d'intérêt public que représentent la garantie et la sécurité de l'approvisionnement.

---

<sup>54</sup> Arrêt TF 2C\_12, 13/2016 du 16 août 2016, c. 3.4. Voir en doctrine FÖHSE (2014) p. 14 ss; WALDNER (2010) p. 1316.

<sup>55</sup> WALDNER (2010) p. 1313 ss. Cet auteur mentionne trois fonctions indispensables de l'approvisionnement: la fourniture d'électricité, l'exploitation du réseau et l'équilibrage du système.

<sup>56</sup> L'énergie de réglage désigne une réserve que les centrales électriques tiennent à disposition pour le compte de Swissgrid. En cas de déséquilibre entre production et consommation, elle est utilisée pour garantir la stabilité du réseau. Voir à ce propos SWISSGRID (2020).

#### IV. Portée et limites de la contractualisation dans le domaine de l’approvisionnement en électricité

A suivre les termes utilisés par le Tribunal fédéral dans plusieurs arrêts ainsi que par une partie de la doctrine, les relations juridiques qui caractérisent la fourniture d’électricité reposent sur des contrats (*Verträge/ Vereinbarungen*), associés parfois à une obligation de contracter (*Kontrahierungspflicht/Kontrahierungszwang*)<sup>57</sup>. La présente contribution s’attache à examiner de manière critique la nature juridique de ces « contrats », à la lueur notamment de la jurisprudence récente. Avec l’adoption de la LApEL le 1<sup>er</sup> janvier 2008, la fourniture en électricité – de nature économique – est-elle le terrain privilégié de la contractualisation – spécialement en droit public; réserve-t-elle au contraire une place aux instruments juridiques unilatéraux, dans un domaine qui s’ouvre au marché mais qui reste fortement régulé ?

Avant de répondre à cette question aux multiples déclinaisons, il s’agit d’évoquer certaines implications juridiques découlant de la qualification des relations qui animent l’approvisionnement en électricité (A), puis d’exposer la méthode d’analyse reposant sur la structure et l’objet des relations (B). L’examen proprement dite de la nature des relations et des actes en cause porte, sans prétendre à l’exhaustivité, successivement sur les rapports que tissent les gestionnaires de réseau avec d’autres agents que les consommateurs finaux (C), sur l’approvisionnement de base (D) et sur les consommateurs éligibles bénéficiant du droit d’accès (E).

##### A. Les incidences de la nature des relations juridiques, quelques illustrations

La qualification juridique des rapports que nouent les acteurs de l’approvisionnement en électricité n’est pas anodine dans ses effets, tout particulièrement lorsque sont mis en relation les gestionnaires de réseau et les consommateurs finaux. Notamment, dans le cadre de la mise en

<sup>57</sup> ATF 144/2018 III 111, 114 ss, c. 5.2; ATF 137/2010 I 120, 124 s., c. 5.3; Arrêt TF 2C\_12, 13/2016 du 16 août 2016, c. 3.3.3; Arrêt TF 4A\_582/2014 du 17 avril 2015, c. 2.3. Voir en doctrine SCHOLL (2015) p. 518. Cette auteure évoque trois « contrats » : le contrat de raccordement au réseau (*Netzanschlussvertrag*), le contrat d’utilisation du réseau (*Netznutzungsvertrag*) et le contrat de livraison (*Stromlieferungsvertrag*). Voir également BALTHAZAR (2007) p. 58 ss; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 491.

œuvre d'une tâche publique, les usagers bénéficient de la protection de leurs droits fondamentaux (art. 35 al. 2 Cst.); en substance, l'approvisionnement en électricité est tenu au respect des principes d'égalité de traitement et de prohibition de l'arbitraire<sup>58</sup>.

La nature d'un acte de l'autorité conditionne celle du contrôle juridictionnel auquel il peut être exposé. En matière de contentieux<sup>59</sup>, le caractère unilatéral de la relation ouvre la voie du recours en présence d'un acte attaquant et la soumet aux garanties constitutionnelles de procédure, notamment le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.)<sup>60</sup>; cette question se pose avec une acuité particulière s'agissant de la facture d'électricité. A propos de cette dernière encore, la qualification de la relation nouée entre le consommateur final et le gestionnaire de réseau influe directement sur le mode de recouvrement des créances. En présence d'une décision rendue par une autorité administrative suisse, le créancier peut requérir du juge la mainlevée définitive de l'opposition en vertu de l'article 80 al. 2 ch. 2 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et faillite (LP<sup>61</sup>). En revanche, dans une relation contractuelle, le créancier doit faire reconnaître son droit par le juge civil ou administratif par voie d'action, afin d'écarter l'opposition et obtenir la mainlevée définitive (art. 79 et 80 al. 1 LP).

Outre la justiciabilité des actes des gestionnaires de réseau de distribution, on peut songer à la qualification des « conditions » édictées par ceux-ci, pour la fourniture d'électricité aux consommateurs captifs ou pour l'utilisation du réseau<sup>62</sup>. En présence d'une relation unilatérale, il ne saurait s'agir de conditions générales en tant qu'elles désignent des dispositions contractuelles préformulées; cet instrument est pour le moins inadapté<sup>63</sup>. Dès lors qu'elles entraînent des conséquences juri-

---

<sup>58</sup> ATF 137/2010 I 120, 124 s., c. 5.3.

<sup>59</sup> S'agissant du contentieux en matière d'énergie, voir POLTIER (2020) n<sup>os</sup> 761 ss.

<sup>60</sup> Dans la relation contractuelle de droit administratif, il n'y a nul besoin de protection procédurale et l'autonomie de la volonté se substitue presque totalement à la légalité. MOOR/POLTIER (2011) p. 419.

<sup>61</sup> RS 281.1.

<sup>62</sup> Voir par exemple, s'agissant des SiL, <<https://www.lausanne.ch/vie-pratique/energies-et-eau/services-industriels/particuliers/je-choisis-mon-offre/electricite.html?#reglements>> (consulté le 20 juillet 2021).

<sup>63</sup> BUCHLI (2018) p. 268; FÖHSE (2018) p. 1248.

diques pour les administrés-consommateurs, en fixant notamment le début et la fin des rapports juridiques, ces conditions ne répondent pas aux critères d'une ordonnance administrative<sup>64</sup> – et des directives que peuvent édicter les GRD en vertu de l'ordonnance fédérale du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEl<sup>65</sup>). Elles présentent bien plus une structure de règles de droit.

## B. La méthode d'analyse

### 1. *Les critères de distinction*

L'analyse de la nature juridique des relations caractérisant l'approvisionnement en électricité repose sur les principes développés par le droit administratif général, lesquels permettent également de distinguer les différentes catégories d'actes juridiques de l'autorité. Préalablement, la question de savoir si un acte ou une relation doit être qualifié de « juridique » dépend des caractéristiques matérielles de l'acte, respectivement de la relation – selon des critères objectifs et indépendamment de la volonté de l'autorité ou de l'administré<sup>66</sup>. Il est question d'une décision ou d'un contrat lorsqu'un acte étatique contient des éléments qui visent à produire des effets juridiques ou constate des droits ou des devoirs individuels concrets<sup>67</sup>.

La nature d'une relation ou d'un acte juridique peut être déterminée en tranchant deux oppositions. D'une part, il s'agit de résoudre si la relation en cause est soumise au droit public (concrétisée par une décision ou un contrat de droit administratif) ou au droit privé (concrétisée par un contrat de droit privé). D'autre part, il convient de distinguer entre la relation unilatérale (caractérisée par la décision) et la relation bilatérale (caractérisée par le contrat de droit administratif ou de droit privé). La résolution de ces deux oppositions ne suppose aucun ordre particulier; le résultat de l'examen restant identique quel que soit le critère traité en premier lieu<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> A ce propos MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 421.

<sup>65</sup> RS 734.712.

<sup>66</sup> ATF 134/2008 II 297.

<sup>67</sup> ATAF 2016/4, c. 5.2.3; ATF 133/2007 II 450, 454, c. 2.1.

<sup>68</sup> MOOR/POLTIER (2011) p. 420 ss; NGUYEN (1998) p. 9 ss.

## 2. *Relation de droit public ou de droit privé*

S'agissant de la distinction entre droit privé et droit public, la doctrine a développé plusieurs méthodes dont aucune ne prime en principe les autres<sup>69</sup>. La théorie de la subordination et celle du sujet ne sont toutefois guère utiles; la première intervient davantage dans la distinction entre acte unilatéral et bilatéral alors que la seconde oublie que, lorsque l'autorité est partie à un contrat, cela ne signifie pas encore que ce contrat soit de nature administrative<sup>70</sup>. Bien plus pertinente est dès lors la théorie fondée sur la fonction de la relation ou de l'acte, son objet ou encore l'intérêt en cause<sup>71</sup>. En substance, lorsqu'un intérêt public est mis en œuvre dans le cadre de la relation juridique, celle-ci relève du droit public; dit autrement, un acte juridique ou un rapport de droit relève du droit public lorsque son objet est régi par le droit public ou lorsqu'il a pour objet l'exécution d'une tâche publique<sup>72</sup>.

Dans ce sens, le Tribunal fédéral a admis qu'un contrat relève du droit administratif lorsque son contenu tend directement à la réalisation de tâches publiques ou concerne un objet qui relève du droit public comme un équipement, une expropriation ou une subvention. Au contraire, il relève du droit privé lorsque l'Etat se dote simplement, par un achat, un contrat d'entreprise ou un mandat, des moyens pour accomplir ses tâches publiques. Il note au passage que l'attribution d'un contrat à l'un ou l'autre de ces domaines peut dans certains cas s'avérer si difficile que les deux approches apparaissent comme admissibles<sup>73</sup>.

## 3. *Relation bilatérale ou unilatérale*

Le contrat se distingue de la décision par la bilatéralité de la relation juridique. Selon la doctrine, la différence réside dans le fondement des droits et obligations résultant de l'acte en cause. Lorsque les prestations sont prédéterminées par la loi, directement en cas de compétence liée ou

---

<sup>69</sup> Voir à ce propos Arrêt TF 4A\_582/2014 du 17 avril 2015, c. 2.1.

<sup>70</sup> NGUYEN (1998) p. 15-16. Une collectivité publique est habilitée à passer des contrats de droit privé.

<sup>71</sup> POLTIER (2011) p. 146; MOOR/POLTIER (2011) p. 437.

<sup>72</sup> TANQUEREL (2018) n<sup>os</sup> 980-981; MOOR/POLTIER (2011) p. 428 ss; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 33 n<sup>os</sup> 10-13.

<sup>73</sup> ATF 134/2008 II 297, 301, c. 2.2.



indirectement en cas de compétence discrétionnaire, il est alors question d'une relation unilatérale sanctionnée par une décision. Il suffit que la loi confère à l'autorité la compétence de fixer seule les droits et les obligations des administrés. Il convient d'examiner à ce titre si la relation juridique est caractérisée par un pouvoir de puissance publique, découlant d'un régime juridique s'appliquant à tous les usagers de manière uniforme.

Lorsque les prestations dépendent, *a contrario*, de l'accord réciproque des parties, même si elles peuvent être rapportées à une norme, il s'agit d'un contrat. Tel est le cas quand les conséquences juridiques d'un acte ne peuvent découler que d'un accord mutuel – sans qu'une norme ne puisse en fournir la base légale<sup>74</sup>. Tel est également le cas lorsqu'aucune base légale ne prévoit, ni explicitement ni implicitement, de régime unilatéral ou si une norme exclut un tel régime<sup>75</sup>.

La jurisprudence admet que le contrat de droit administratif puisse remplacer la décision, si la loi correctement interprétée ne l'écarte pas. Lorsque la loi pose des règles impératives pour les administrés, sa mise en œuvre ne peut reposer que sur des décisions. Le procédé contractuel est en particulier exclu lorsque la loi met en place un système complet et cohérent assurant, par des décisions, l'intérêt public visé<sup>76</sup>. Au contraire, la voie bilatérale est admissible si le régime juridique applicable confère à l'autorité une liberté d'appréciation suffisante pour engager des prestations que la seule application de la loi ne permet pas d'imposer. En particulier, lorsque l'accomplissement d'une tâche publique n'implique pas de moyen de contrainte administrative, le procédé contractuel est le moyen de mise en œuvre<sup>77</sup>.

#### 4. *La compétence décisionnelle*

Dans l'hypothèse d'une relation unilatérale, l'accomplissement de tâches publiques suppose que l'autorité concernée dispose de la compétence de définir le régime juridique individuel et concret des administrés, par le

---

<sup>74</sup> MOOR/POLTIER (2011) p. 424 ss; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 499; TANQUEREL (2018) n° 976; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 33 n°s 4-6.

<sup>75</sup> Dans ce sens, MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 499.

<sup>76</sup> MOOR/POLTIER (2011) p. 454.

<sup>77</sup> MOOR/POLTIER (2011) p. 438 et 440.

biais de décisions. Ce n'est toutefois pas sans poser quelques difficultés en cas d'externalisation de l'exécution des tâches à des entités qui ne font pas partie de l'administration centrale, spécialement à des entités privées.

Les personnes juridiques autres que l'Etat ne sont habilitées à statuer par voie de décision que si une base légale formelle leur délègue une telle compétence; cette dernière apparaît comme un privilège et un monopole de souveraineté de la puissance publique<sup>78</sup>. Dans une affaire concernant l'exploitant de l'aéroport de Genève (établissement de droit public autonome), le Tribunal fédéral a rappelé que « la délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration peut implicitement comprendre le pouvoir décisionnel nécessaire à leur accomplissement, pour autant qu'une loi spéciale ne l'exclue pas et que l'exercice d'un tel pouvoir de décision soit indispensable à l'organisme concerné pour réaliser lesdites tâches »<sup>79</sup>. La question de savoir si la délégation d'une tâche publique inclut une compétence décisionnelle ne trouve toutefois pas forcément de réponse évidente dans la loi; il convient alors de déterminer par voie d'interprétation l'existence, l'étendue et le champ d'application précis d'une telle compétence<sup>80</sup>. Il va de soi que la délégation de la tâche publique doit elle-même reposer sur une base légale formelle suffisante<sup>81</sup>.

Certains auteurs se montrent moins exigeants et considèrent que, pour des motifs de protection juridique, la délégation de tâches publiques s'accompagne également d'un pouvoir décisionnel, dans la mesure où l'accomplissement de la tâche requiert un acte de souveraineté et où le droit matériel n'exclut pas un tel pouvoir. Selon ce point de vue, la délégation d'une tâche publique emporte les moyens juridiques de son accomplissement. Dans ce sens, bien que certaines lois prévoient une délégation de la compétence décisionnelle, ce n'est toutefois pas néces-

---

<sup>78</sup> ATF 144/2018 II 376, 378 s., c. 7.1; ATF 138/2011 II 134, 158 s., c. 5.1. Voir en doctrine MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 237 et 498-499.

<sup>79</sup> ATF 144/2018 II 376, 379, c. 7.1 et 382 s., c. 9.3. Voir également Arrêt TF 2C\_348/2015 du 23 mai 2016, c. 4.2.

<sup>80</sup> ATF 144/2018 II 376, 379, c. 7.1; ATF 137/2011 II 409, 412, c. 6.2 avec les références citées.

<sup>81</sup> MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 237-238. ATF 137/2011 II 409, 413, c. 6.3.

saire<sup>82</sup>. De la sorte, une relation qualifiée d'unilatérale devrait nécessairement s'accompagner du pouvoir décisionnel propre à assurer l'exécution des tâches publiques qui en découlent, sauf si le législateur choisit expressément de l'exclure.

La question du pouvoir décisionnel des entités délégataire de tâches publiques est particulièrement prégnante dans le domaine de l'approvisionnement en électricité. On l'a vu, l'ElCom rend les décisions nécessaires à l'exécution de la LApEl<sup>83</sup>. La surveillance et le contrôle technique des installations électriques sont délégués à l'Inspection fédérale des installations à courant fort (ESTI) en vertu de l'article 2 al. 1 de l'ordonnance fédérale du 7 décembre 1992 sur l'ESTI<sup>84</sup>. Selon l'article 9 al. 1 de l'ordonnance sur l'ESTI, l'Inspection peut édicter des interdictions et prendre « d'autres décisions ».

Plus encore, en tant qu'exploitant du réseau, les GRD doivent être considérés comme des délégataires de tâches publiques tant en ce qui concerne le raccordement de leurs clients et la fourniture en électricité des consommateurs captifs<sup>85</sup>; le droit ne leur confère expressément aucun pouvoir décisionnel en la matière<sup>86</sup>. Doit-on pour autant considérer que la relation qui les lie aux consommateurs est nécessairement bilatérale? L'examen de cette question est entrepris aux chapitres IV.D et IV.E plus bas. De manière générale, il nous paraît, si le point de vue plus strict de la jurisprudence devait être confirmé, que le caractère indispensable du pouvoir décisionnel et le principe de la base légale devraient être considérés largement et avec souplesse – au regard des besoins justifiés par l'exécution de l'ensemble des tâches publiques et des obligations qui incombent au délégataire en cause.

---

<sup>82</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 10 n° 19; GYGI (1986) p. 43. Voir également pour un avis critique de l'approche restrictive du Tribunal fédéral BUCHLI (2018) p. 270-271; FÖHSE (2015) p. 142.

<sup>83</sup> *Supra* II.C.

<sup>84</sup> RS 734.24. L'ESTI est secteur autonome d'Electrosuisse.

<sup>85</sup> ATF 141/2015 II 141, 160, c. 7. Dans cette affaire, le gestionnaire de réseau revêtait la forme d'une société anonyme de droit privé.

<sup>86</sup> JAB 2018 259, c. 3.3.

### C. Le fonctionnement sûr et fiable du réseau électrique

La garantie et la sécurité de l'approvisionnement électrique exige, du point de vue quantitatif, l'existence de capacités suffisantes de transport et de distribution sur le réseau électrique. Elles supposent également, du point de vue qualitatif, son fonctionnement sûr, stable et fiable. Afin de garantir la stabilité du réseau électrique, la Suisse a adopté un modèle de groupe-bilan, autrement dit un groupement virtuel constitué à des fins de décompte dans le cadre de la zone de réglage suisse. Le groupe-bilan est une unité de mesure et de décompte électriques<sup>87</sup>, chaque gestionnaire de réseau, producteur, fournisseur et consommateur final devant appartenir à l'un d'entre eux. Son responsable (RGB) est tenu de garantir à tout moment une situation la plus équilibrée possible entre injection et soutirage, en prélevant ou fournissant de l'énergie.

L'approvisionnement comme la garantie de la stabilité du réseau électrique dépendent directement de Swissgrid (1) et des gestionnaires de réseau de distribution (2), lesquels doivent, à cet effet, établir des processus et nouer des relations adéquates avec les différents opérateurs du marché de l'électricité. En particulier, les groupes-bilan sont amenés à passer des accords avec les gestionnaires de réseau portant sur l'échange des données de mesure; ils doivent également s'accorder avec Swissgrid s'agissant des transactions entre groupe-bilan ou avec l'étranger et d'autres zones de réglage<sup>88</sup>.

#### 1. *Swissgrid*

La stabilité du réseau électrique incombe au premier chef à Swissgrid qui gère l'ensemble du réseau de transport suisse, en assurant une surveillance permanente de l'injection et du soutirage sur le réseau électrique. En outre, la société nationale de transport assume la responsabilité de la gestion des bilans d'ajustement en fournissant des prestations qualifiées de « services-systèmes » à l'article 4 al. 2 let. g LApEl – notamment en mettant à disposition des énergies de réglage positives ou négatives

---

<sup>87</sup> Art. 4 al. 1 let. e<sup>bis</sup> LApEl. Les art. 23 et 24 OApEl fixent les principes de fonctionnement des groupes-bilan.

<sup>88</sup> SWISSGRID p. 1; WALDNER (2010) p. 1314. Voir également <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-53040.html>> (consulté le 20 juillet 2020).

(art. 20 al. 2 let. a à c LApEl). L'exécution de cette tâche publique<sup>89</sup> exige que Swissgrid dispose des données de livraison et de soutirage d'électricité, ainsi que des moyens de garantir l'équilibre et le fonctionnement du réseau électrique en Suisse; il convient de rappeler qu'elle ne dispose pas elle-même de capacité de production ou de retrait<sup>90</sup>. Swissgrid est par conséquent tenue de lier des relations avec d'autres opérateurs du marché électrique situés tant à l'amont qu'à l'aval de son propre réseau de transport.

Les échanges avec les pays limitrophes étant intenses et permanents<sup>91</sup>, Swissgrid doit collaborer avec les gestionnaires de réseau de transports (TSO) étrangers (art. 20 al. 2 let. e LApEl) – dans le cadre du Réseau européen des gestionnaires de réseau de transport d'électricité (ENTSO-E). A cette fin, elle conclut des contrats de collaboration dont la nature est de manière indiscutable (« *unbestritten* ») privée, selon la jurisprudence<sup>92</sup>. Dans ce cas, le caractère bilatéral de la relation ne pose pas de problème; celle-ci n'engage aucun pouvoir de puissance publique et les prestations ne ressortent pas de la loi. On peut en revanche hésiter sur la nature publique ou privée du contrat. La LApEl se limite à exiger de Swissgrid qu'elle « collabore » avec les TSO étrangers, sans que l'on puisse en déduire qu'elle lui confie l'exécution d'une tâche publique en la matière. Cette collaboration apparaît comme une condition indispensable à l'accomplissement de la tâche publique consistant à assurer la stabilité du réseau suisse. Sa nature semble ainsi bel et bien relever du droit privé; la relation n'a pas directement pour objet l'accomplissement d'une tâche publique (la stabilité du réseau), mais permet d'obtenir les moyens de sa mise en œuvre – dans un contexte transfrontière. N'en reste pas moins que de tels contrats avec des TSO étrangers n'est possible que sur la base du Règlement (UE) de la Commission du 2 septembre 2010 relatif à la fixation des orientations relatives à la compensation entre gestionnaires de réseau de transport et à une approche réglemen-

<sup>89</sup> Voir à ce propos WALDNER (2010) p. 1314 ss; POLTIER (2020) n<sup>os</sup> 759-760.

<sup>90</sup> Voir à ce propos Message LApEl, FF 2005 1493, 1502 qui mentionne les tâches qui relèvent de la sécurité de l'approvisionnement, notamment « la gestion de bilan et de congestions ».

<sup>91</sup> A propos du commerce extérieur du domaine énergétique suisse en 2019, voir OFEN (2020b) p. 13 ss.

<sup>92</sup> Arrêt TF 2C\_390, 391/2016 du 6 novembre 2018, c. 5.2.

taire commune pour la fixation des redevances de transport. Ce Règlement n'attache toutefois pas les « accords plurilatéraux » au droit privé (Annexe, Partie A, ch. 3)<sup>93</sup>.

Swissgrid a pour tâche d'éviter les congestions du réseau transfrontalier de transport<sup>94</sup>. Lorsque la demande de transport transfrontalier dépasse les disponibilités du réseau suisse, l'article 17 al. 1 LApEl prévoit que Swissgrid peut attribuer les capacités disponibles, selon les règles du marché, par des contrats d'achat et de fourniture et une mise aux enchères préalable ou toute autre opération ayant des effets comparables<sup>95</sup>. L'alinéa 2 limite l'attribution de capacités axées sur le marché en deux circonstances: en cas de prééminence des importations en vue d'approvisionner les consommateurs finaux du pays et en cas de prééminence des livraisons reposant sur des contrats d'achat et de fourniture conclus avant le 31 octobre 2002<sup>96</sup>. La gestion des congestions constitue une tâche publique relevant de la sécurité de l'approvisionnement<sup>97</sup>; elle implique que Swissgrid acquiert des capacités et les attribue afin d'accueillir les flux internationaux d'électricité. La jurisprudence n'a pas, à ce jour, tranché la nature juridique des enchères et des contrats qui en découlent<sup>98</sup>. On peut toutefois supposer l'existence d'une relation de droit public, l'attribution des capacités disponibles constituant *per se* une tâche publique inscrite à l'article 17 LApEl. L'objet de la relation juridique est régi par cette disposition de droit public, alors que son contenu vise directement l'accomplissement d'une tâche publique – et

---

<sup>93</sup> Voir à ce propos POLTIER (2020) n° 759.

<sup>94</sup> FÖHSE (2014) p. 64 ss; WEBER/KRATZ (2009) § 4 n° 121; KESSLER, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 17 LApEl n°s 16 ss. Message LApEl, FF 2005 1493, 1541. La congestion du réseau est définie dans le Règlement (CE) 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité comme « une situation dans laquelle une interconnexion reliant des réseaux de transport nationaux ne peut pas accueillir tous les flux physiques résultant d'échanges internationaux demandés par les opérateurs du marché, en raison d'un manque de capacité de l'interconnexion et/ou des réseaux nationaux de transport en cause » (art. 2 ch. 2 let. c).

<sup>95</sup> Il s'agit d'aligner le mécanisme helvétique sur celui prévu dans le Règlement (CE) 1228/2003 (art. 6).

<sup>96</sup> Message LApEl, FF 2005 1493, 1541.

<sup>97</sup> Art. 20 al. 2 let. b LApEl. Message LApEl, FF 2005 1493, 1502.

<sup>98</sup> POLTIER (2020) n° 759.

pas seulement l'acquisition des moyens de son exécution. Au demeurant, la procédure d'attribution peut être réglée et régulée par l'ElCom<sup>99</sup>.

Afin d'assurer l'équilibre dans la zone de réglage suisse, Swissgrid doit fournir les services-système<sup>100</sup>, en particulier l'énergie de réglage (« énergie de réserve »<sup>101</sup>), autrement dit l'électricité destinée à maintenir les échanges d'électricité au niveau prévu ainsi qu'à garantir le bon fonctionnement du réseau (art. 4 al. 2 let. e LApEl). L'acquisition d'énergie de réglage procède de contrats d'acquisition d'électricité servant à l'accomplissement d'une tâche publique<sup>102</sup>; sa nature est privée en cela que l'achat d'électricité (sous la forme d'une fourniture physique d'énergie de réserve) confère à Swissgrid les moyens nécessaires à garantir la stabilité du réseau dans la zone de réglage suisse.

La surveillance de la stabilité du système nécessite l'accès à la comptabilité complète et fiable de l'injection et du soutirage sur le réseau suisse. Cette tâche est rendue possible grâce aux groupes-bilan, chaque point de soutirage et d'injection en Suisse (consommateurs finaux et unités de production) devant être attribué à l'un d'entre eux (art. 23 al. 1 OApEl). Le responsable de groupe-bilan (RGB) transmet les programmes prévisionnels à Swissgrid laquelle, après exécution des fournitures d'énergie, solde tous les programmes prévisionnels à l'importation et à l'exportation du groupe-bilan. En cas de divergences, Swissgrid facture au groupe-bilan<sup>103</sup> l'énergie prélevée ou fournie sous forme d'énergie d'ajustement<sup>104</sup>.

<sup>99</sup> KESSLER, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 17 LApEl n° 13.

<sup>100</sup> Il s'agit de prestations nécessaires à une exploitation sûre des réseaux (art. 4 al. 1 let. g LApEl).

<sup>101</sup> FF 2014 2833, 3836.

<sup>102</sup> Arrêt TAF A-3505/2011 du 26 mars 2012, c. 5.5; Arrêt TAF A-4025/2015 du 22 mars 2016, c. 3.1. En doctrine, POLTIER (2020) n° 759; SCHOLL (2016) n° 11; MÜLLER (2016) p. 71.

<sup>103</sup> Art. 15a al. 1 LApEl. En introduisant dans la loi une disposition imputant expressément les coûts de l'énergie d'ajustement aux groupes-bilan, le législateur a souhaité éviter de mettre en péril la sécurité de l'exploitation du réseau en instaurant une incitation au respect des programmes prévisionnels par les groupes-bilan. FF 2014 2833, 3837.

<sup>104</sup> L'énergie d'ajustement désigne, à l'art. 4 al. 1 let. e<sup>ter</sup> LApEl, l'énergie servant à compenser la différence entre la consommation ou la fourniture effective d'un groupe bilan et sa consommation ou sa fourniture programmée. En pratique, lorsqu'il y a plus d'électricité soutirée qu'injectée ou vice-versa, Swissgrid est chargée de rétablir

Conformément à l'article 23 al. 3 OApEl, Swissgrid est tenue de passer un « contrat » avec chaque groupe-bilan. Celui-ci règle les droits et les obligations relatifs à la création et à la gestion du groupe-bilan ainsi qu'au déroulement d'annonces de programmes prévisionnels du RGB et au décompte d'énergie d'ajustement; du point de vue économique, il vise notamment à répartir les coûts de l'équilibrage du réseau<sup>105</sup>. L'ordonnance ne précise pas la nature du contrat en question qui lie le RGB à l'entité responsable de la gestion des groupes-bilan en vertu de l'article 20 al. 2 let. b LApEl. Il apparaît alors que cette relation bilatérale sert l'accomplissement d'une tâche publique, l'équilibre et la fiabilité du réseau électrique au sein des groupes-bilan; elle dote ainsi Swissgrid des moyens informationnels et organisationnels propres à garantir la gestion optimale des bilans d'ajustement sur l'unique zone de réglage helvétique. En ce sens, le contrat se caractérise par sa nature privée.

En matière de perception des contributions d'utilisation du réseau de transport (y compris s'agissant des coûts résiduels des « services-système » de l'art. 15 al. 2 LApEl), le Tribunal fédéral considère que Swissgrid ne dispose d'aucune compétence décisionnelle. Sans préciser la nature exacte de la relation entre la société nationale et les exploitants de centrales électriques, il admet toutefois que l'exploitation du réseau de transport et son financement représentent une tâche de droit public<sup>106</sup>; on peut ainsi en déduire l'existence d'une relation contractuelle de droit administratif en la matière<sup>107</sup>. Une partie de la doctrine se montre cri-

---

l'équilibre en recourant à de l'énergie de réglage. Dès lors qu'elle est responsable du bilan d'ajustement des groupes-bilan, Swissgrid acquiert l'énergie de réglage (de réserve) nécessaire et facture au groupe-bilan concerné l'énergie de réglage sous forme d'énergie d'ajustement, en fonction du différentiel qui existe entre le programme prévisionnel et le bilan de l'injection/soutirage effectif. Pour ce faire, Swissgrid acquiert au préalable la puissance de réglage nécessaire par le biais d'appels d'offres hebdomadaires et quotidiens. FF 2014 2823, 3836.

<sup>105</sup> Voir à ce propos les ch. 2.1 et 8 du contrat-de groupe bilan type publié par Swissgrid. <<https://www.swissgrid.ch/dam/swissgrid/customers/topics/legal-system/balance-group/1/00-Balance-Group-Contract-V2-0-FR.pdf>> (consulté le 20 juillet 2021).

<sup>106</sup> ATF 143/2016 II 37, c. 4 non publié (Arrêt TF 2C\_348/2015 du 23 mai 2016).

<sup>107</sup> POLTIER (2020) n° 760. On note au passage que le Tribunal administratif fédéral avait retenu une nature de droit privé (ATAF 2013/13, c. 5.5). Au demeurant, dans un arrêt précédent, le Tribunal administratif fédéral affirmait que le transport d'électricité n'est pas une tâche étatique bien qu'il constitue un monopole de droit et soit dans l'intérêt public (Arrêt TAF A-3505/2011 du 26 mars 2012, c. 5.5).



tique avec le point de vue développé par la jurisprudence, considérant que, dans l’accomplissement d’une tâche publique, Swissgrid dispose d’une compétence décisionnelle<sup>108</sup>. Le Tribunal fédéral admet que la contribution litigieuse trouvait son fondement dans le droit public, à l’ancien article 31*b* OApEl. Cette disposition, abrogée en 2013, permettait à Swissgrid de facturer aux GRD et aux consommateurs finaux raccordés au réseau de transport les coûts des services-système; elle précisait à ce titre le montant maximal de la contribution et, de manière exhaustive, les services visés. Les prestations étaient ainsi définies par la loi, ne laissant guère de place à un échange de volonté et à une relation de nature bilatérale. Suivant ce constat, la position du Tribunal fédéral n’est pas sans poser de problème car elle n’admet aucun pouvoir décisionnel de Swissgrid, dans le cadre d’une relation qui répond aux critères de l’unilatéralité. A notre sens, la facture adressée par Swissgrid pour l’utilisation du réseau concrétisait la relation sous la forme d’une décision – laquelle s’avère nécessaire à l’accomplissement de la tâche déléguée à Swissgrid en lui attribuant les moyens (financiers) nécessaires pour adapter le réseau de transport aux besoins et l’entretenir<sup>109</sup>. Dans le droit en vigueur, ce problème se pose en des termes similaires aux articles 15 al. 2 et 22 al. 2 OApEl.

## 2. *Les gestionnaires de réseau de distribution*

Il s’agit d’examiner, dans le présent chapitre, les relations que lient les gestionnaires de réseau à d’autres agents du marché de l’électricité que Swissgrid ou les consommateurs finaux auxquels ils sont raccordés.

### a. L’attribution des zones de desserte

L’article 5 al. 1 LApEl prévoit que les cantons « désignent » les zones de desserte des gestionnaires de réseau sur leur territoire. Une zone de desserte recouvre un secteur géographique dans lequel les consommateurs finaux sont reliés au réseau d’un gestionnaire. Il s’agit d’empêcher l’existence de zones de desserte qualifiées d’orphelines, notamment dans les parties isolées ou reculées du pays<sup>110</sup>. Selon le texte de la loi,

<sup>108</sup> FÖHSE (2018) p. 1246-1247.

<sup>109</sup> A propos du fondement du pouvoir décisionnel et de la divergence qui subsiste en la matière, *Supra* IV.B.4.

<sup>110</sup> Message LApEl, FF 2005 1493, 1528.

ces zones doivent faire l'objet d'une « attribution » (*Zuteilung*); celle-ci doit reposer sur le droit cantonal et être transparente et non discriminatoire<sup>111</sup>. Tant les conditions de la désignation que les prestations des parties découlent directement de la loi, que ce soit dans la LApEl, notamment à l'article 5 al. 2, ou dans le droit cantonal. S'agissant de ce dernier, l'article 5 al. 4 LApEl précise que d'autres prestations que celles qui sont exposées dans la loi fédérale, telles que le raccordement hors de la zone à bâtir, les conditions et les coûts de ce raccordement, peuvent faire l'objet de dispositions de droit cantonal. L'attribution de zones de desserte à un gestionnaire de réseau s'apparente ainsi à une délégation de tâche publique<sup>112</sup>.

Les cantons<sup>113</sup> sont chargés de désigner les zones de desserte, autrement dit de les délimiter territorialement, puis de les attribuer individuellement à un GRD. La relation juridique qui en découle a précisément pour objet l'exécution d'une tâche publique; elle relève par conséquent du droit public. Plus précisément, les prestations étant définies par la loi, il s'agit d'une relation unilatérale sanctionnée par une décision de l'autorité cantonale<sup>114</sup>. A ce titre, le Conseil fédéral, dans son message, précise que l'acte administratif d'attribution doit en principe prendre la forme d'un acte attaquant par le biais d'un recours selon le droit cantonal<sup>115</sup>. On peut encore ajouter que les cantons peuvent obliger – par décision – les gestionnaires de réseau à raccorder des consommateurs finaux hors de la zone de desserte (art. 5 al. 3 LApEl).

Littéralement, le texte de l'article 5 al. 1 LApEl n'exclut pas d'emblée une attribution contractuelle des zones de desserte, pour autant qu'elle soit conforme au droit fédéral et cantonal, transparente et non discriminatoire. Encore faut-il que la voie bilatérale ne conduise pas à éluder

---

111 L'attribution des zones de desserte n'est pas soumise à une procédure d'appel d'offre au sens de l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02). ROBERT-NICOUD (2018) n° 18.

112 POLTIER (2020) n° 642.

113 Cette tâche peut être déléguée aux communes. Message LApEl, FF 2005 1493, 1528. Arrêt TF 2C\_237/2014 du 16 juillet 2014, c. 5.1. JÄGER/SCHIEDEGGER, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 5 al. 1-4 LApEl n° 10, avec les références citées.

114 Dans ce sens JÄGER/SCHIEDEGGER, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 5 al. 1-4 LApEl n° 10, avec des exemples en droit cantonal.

115 Message LApEl, FF 2005 1493, 1528.

le droit des tiers à contester l'attribution en justice et à faire valoir leurs intérêts dans le cadre d'un recours<sup>116</sup>. En revanche, la désignation des zones de dessertes ne peut que reposer sur une décision du canton, le terme « désigner » (« *bezeichnen* ») évoquant une démarche unilatérale excluant toute négociation ou accord de volonté.

L'attribution des zones de desserte peut être assortie d'un « contrat de prestation » (contrat de collaboration<sup>117</sup>) destiné au gestionnaire de réseau (art. 5 al. 1 *in fine* LApEl). L'objectif est de renforcer l'approvisionnement de base, notamment avec une obligation d'assurer l'éclairage public, de garantir des capacités de réserve ou d'offrir des prestations énergétiques qui vont au-delà des exigences de la LApEl<sup>118</sup>. Dès lors que ces contrats tendent à l'accomplissement d'une tâche publique découlant du droit cantonal, déléguée (privatisée) au gestionnaire de réseau, leur nature relève du droit administratif. A la lecture des versions allemande et italienne du texte légal, il apparaît que la relation donnant lieu à ces prestations supplémentaires ne doit pas nécessairement reposer sur une base contractuelle comme l'indique la version française. Il est davantage question de mandat de prestation (« *Leistungsauftrag* », « *mandato di prestazioni* ») que de contrat au sens strict. La relation peut être ainsi également fondée sur une base décisionnelle, pour autant que le droit cantonal prévoit une telle compétence du canton ainsi que le cadre de son exercice (principe de la légalité)<sup>119</sup>.

#### b. La garantie de l'approvisionnement

La garantie d'un approvisionnement en électricité sûr et suffisant implique, de surcroît, d'autres catégories de relations. Les gestionnaires de réseau de distribution sont tenus de coordonner leur planification du réseau (art. 9c LApEl), mais également de coordonner leurs activités et leurs installations. L'objectif d'intérêt public visé consiste à pourvoir à un réseau « sûr, performant et efficace » et à garantir matériellement l'approvisionnement sur tout le territoire suisse (art. 8 al. 1 let. a et b

<sup>116</sup> JÄGER/SCHIEDEGGER, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 5 al. 1-4 LApEl n° 12.

<sup>117</sup> NGUYEN (1998) p. 39 ss; MOOR/POLTIER (2011) p. 434.

<sup>118</sup> Message LApEl, FF 2005 1493, 1528.

<sup>119</sup> JÄGER/SCHIEDEGGER, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 5 al. 1-4 LApEl n° 25.

LApEl). Pour ce faire, ils concluent entre eux des contrats de raccordement qui concrétisent la collaboration entre entités publiques et parapubliques chargées de l'accomplissement de tâches publiques. Il s'agit probablement de contrats de droit public (contrats de coopération ou de coordination<sup>120</sup>)<sup>121</sup>.

Dans la mesure où le gestionnaire de réseau de distribution acquiert de l'électricité sur le marché pour la revendre, il n'est pas considéré comme un consommateur final au sens de l'article 4 al. 1 let. b LApEl. Cette disposition suppose en effet que l'achat se fasse pour satisfaire aux besoins propres de l'acquéreur. Il ne peut ainsi prétendre à bénéficier de l'approvisionnement de base<sup>122</sup>; l'achat d'électricité dans un tel contexte relève d'une relation contractuelle de droit privé entre le GRD et le producteur qui lui fournit l'énergie. En cas de litige concernant les opérateurs du marché de l'électricité entre eux, dans le cadre de transactions ne relevant pas de la LApEl mais des règles du marché, il appartient au juge civil de trancher<sup>123</sup>.

Les gestionnaires de réseau de distribution concluent un contrat de raccordement au groupe-bilan, leur permettant d'engager des relations en matière de fourniture d'électricité avec d'autres opérateurs du marché, de même que d'entreprendre physiquement la livraison<sup>124</sup>. Ce contrat contribue à garantir l'équilibre du bilan électrique dans la zone de réglage suisse en obligeant le gestionnaire de réseau de distribution à fournir au responsable du groupe bilan les programmes de commande d'électricité. A cet égard, la relation revêt une nature privée, le contrat n'exécutant pas directement une tâche publique (l'équilibrage du réseau), mais offrant les moyens comptables et informationnels de son exécution.

Il arrive qu'un réseau de distribution appartienne à une collectivité publique (une commune en principe), laquelle souhaite en confier l'exploitation à un gestionnaire tiers. La relation que nouent ces deux opérateurs n'est pas soumise aux dispositions de la LApEl. La collectivité publique

---

120 MOOR/POLTIER (2011) p. 434; NGUYEN (1998) p. 25.

121 POLTIER (2020) n° 758.

122 ATF 141/2015 II 141, 153 s., c. 4.5.1.

123 Voir dans ce sens la note d'ETIENNE POLTIER à propos de l'ATF 142/2016 II 451 dans *RDAF* 2017 I 443, p. 445.

124 WALDNER (2010) p. 1317.

dispose par conséquent d'une large marge de manœuvre quant au choix de l'instrument juridique et du type de relation appropriés: décision, concession ou contrat. S'agissant de ce dernier, dès lors que sa fonction et son objet consistent à accomplir directement les tâches publiques figurant aux articles 5 et 6 LApEl (approvisionnement de base et raccordement au réseau électrique), sa nature est sans doute de droit public<sup>125</sup>. Le Tribunal fédéral ne s'est pas définitivement déterminé à ce propos; dans un arrêt récent, il a toutefois exposé certains principes applicables au transfert du droit d'exploiter le réseau électrique d'une commune. Au premier chef, le droit cantonal doit impérativement garantir que l'acte final portant sur le choix du gestionnaire de réseau désigné puisse être contesté en justice – autrement dit qu'une décision attaquable soit rendue en la matière<sup>126</sup>. Le Tribunal fédéral laisse en revanche ouverte la question de l'assujettissement aux marchés publics du transfert de l'exploitation du réseau communal, respectivement aux articles 2 al. 7 et 9 LMI ou encore à l'article 3a LApEl. N'en reste pas moins que le transfert de l'exploitation du réseau doit, quoi qu'il en soit, suivre une procédure transparente et non discriminatoire<sup>127</sup>.

#### D. L'approvisionnement de base

L'approvisionnement de base en électricité a pour fonction d'offrir une certaine protection aux consommateurs captifs et aux consommateurs éligibles ayant renoncé à leur droit d'accès, en leur garantissant une fourniture effective d'électricité à des tarifs raisonnables. Il est une composante du service public que doivent garantir en tout temps les gestionnaires de réseau dans leur zone de desserte<sup>128</sup>. Dans ce contexte, la régulation porte sur l'ensemble des relations nouées entre les clients captifs et leur gestionnaire de réseau.

Pour que l'approvisionnement puisse être en pratique garanti, la loi impose aux gestionnaires de réseau trois types d'obligations qui les

---

<sup>125</sup> A ce propos, dans une affaire soleuroise, TA SO VWBES.2019.103 du 11 juillet 2019, c. 4.3, jugée par le Tribunal fédéral dans Arrêt TF 2C\_335, 789/2019 du 17 août 2020, c. 5.3.

<sup>126</sup> Arrêt TF 2C\_335, 789/2019 du 17 août 2020, c. 7.

<sup>127</sup> Arrêt TF 2C\_335, 789/2019 du 17 août 2020, c. 6.2.

<sup>128</sup> Message LApEl, FF 2005 1493, 1501. ATF 144/2018 III 111, 114 ss, c. 5.2, MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 492; SCHOLL (2015) p. 515.

conduisent à établir autant de relations juridiques avec les consommateurs captifs<sup>129</sup>. Ces derniers disposent du droit d’être alimenté en électricité, à des tarifs conditionnés par la loi et régulés par l’ElCom (1); ils doivent pouvoir se connecter au réseau électrique (2) et bénéficient du droit d’utiliser le réseau de distribution contre rémunération (3).

S’agissant de l’utilisation du réseau considérée au sens large, le Tribunal fédéral distingue trois relations donnant lieu au versement de contributions causales<sup>130</sup>. Il évoque une relation de raccordement au réseau, une relation d’utilisation du réseau proprement dite, mais également une relation liée à l’aménagement et l’acquisition du réseau – sachant que tout raccordement exige un redimensionnement du réseau. En pratique, les coûts d’utilisation du réseau (*Netznutzungsentgelte*) et les coûts de raccordement (*Netzanschlusskosten*) sont susceptibles de partiellement se chevaucher et de conduire à une double facturation. En substance, les uns et les autres peuvent inclure dans leur calcul respectif une partie des coûts d’acquisition et d’aménagement du réseau (*Netzbeiträge*). Cela étant, nous ne retenons ici que les relations de raccordement et d’utilisation, en sus de la relation de fourniture.

## 1. La fourniture d’électricité

### a. Une relation de droit public

Dans le contexte de la libéralisation partielle du marché de l’électricité, le client captif n’a d’autre choix que de se fournir en électricité auprès de son gestionnaire de réseau (hormis en cas de consommation propre). Ce dernier est tenu de lui livrer l’énergie souhaitée à un tarif « équitable » (*angemessen, adequate*) et « uniforme » (*einheitlich, unitario*) pour un même niveau de tension et les mêmes caractéristiques de consommation (art. 6 al. 1 et 3 LApEl)<sup>131</sup>.

En tant que l’approvisionnement de base s’apparente au service public, le gestionnaire de réseau agit dans l’accomplissement d’une tâche publique lorsqu’il fournit en électricité les consommateurs situés dans sa zone

---

<sup>129</sup> ATF 144/2018 III 111, 112 ss, c. 5.1. Le Tribunal fédéral mentionne successivement le rapport d’utilisation du réseau, le rapport de fourniture d’énergie et le rapport de raccordement. Voir en doctrine ROBERT-NICOUD (2018) n<sup>os</sup> 20-22, lequel évoque les obligations « de raccorder », « d’exploiter le réseau de distribution » et « de vendre » autrement dit de fournir l’électricité. Voir également SCHOLL (2015) p. 518; KRATZ (2003) p. 347.

<sup>130</sup> Arrêt TF 2E\_1/2019 du 30 avril 2020, c. 3.7.

<sup>131</sup> ATF 142/2016 II 451, 465, c. 4.2.2.

de desserte. Dit autrement, la relation qu'il entretient avec ses clients captifs a pour fonction de mettre en œuvre l'intérêt public à la garantie et la sécurité de l'approvisionnement. L'objet même de cette relation juridique est régi par le droit administratif. Elle doit ainsi être attribuée au droit public<sup>132</sup>, comme l'a admis puis confirmé le Tribunal fédéral<sup>133</sup>.

b. Une relation unilatérale ?

La jurisprudence ne s'est, en revanche, pas prononcée sur la nature de la relation de droit public qui lie le gestionnaire de réseau et le client captif, à savoir si elle est unilatérale ou bilatérale. La distinction s'opère en fonction des fondements des droits et des obligations découlant de la relation en cause; lorsque les prestations sont déterminées par la loi, il s'agit d'une relation unilatérale<sup>134</sup>. En l'espèce, la prestation due par le gestionnaire de réseau est inscrite à l'article 6 al. 1 LApEl; elle consiste à livrer l'électricité dont ont besoin les consommateurs finaux. Pour leur part, les consommateurs captifs sont tenus de s'acquitter du prix de l'électricité, celui-ci étant fixé et imposé par le gestionnaire de réseau – sur la base d'une tarification uniforme excluant toute négociation individuelle (art. 6 al. 3 LApEl)<sup>135</sup>.

La tarification de la fourniture de l'électricité est encadrée par la LApEl, bien que par le biais de notions juridiques indéterminées, et soumise à l'étroite surveillance de l'ElCom (art. 22 al. 2 LApEl). A cet égard, la commission a établi une méthode de calcul, admise par le Tribunal fédéral, permettant de garantir des prix « équitables »; celle-ci contraint les gestionnaires de réseau à fixer les tarifs de l'approvisionnement de base en fonction des coûts (système *cost-plus*/système de la couverture des coûts aménagés) et non en fonction du prix du marché<sup>136</sup>. Dans un tel

<sup>132</sup> POLTIER (2020) n° 745.

<sup>133</sup> ATF 144/2018 III 111, 112 ss, c. 5.1; ATF 142/2016 II 451, 464 s., c. 4.2.1; ATF 141/2015 II 141, 160, c. 7; Arrêt TF 2C\_12/2016 du 16 août 2020, c. 3.3.2; Arrêt TF 4A\_582/2014 du 17 avril 2015, c. 2.2.

<sup>134</sup> *Supra* IV.B.3.

<sup>135</sup> Les tarifs de l'électricité présentent une structure de règles de droit, soumises à la surveillance de l'ElCom; ils doivent être au demeurant publiés selon l'art. 6 al. 3 LApEl. POLTIER (2020) n° 746; BUCHLI (2018) p. 262.

<sup>136</sup> Arrêt TF 2C\_828/2019 du 16 juillet 2020. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a été saisi de deux demandes de révision introduites respectivement par l'ElCom et le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la

contexte, on ne perçoit guère de place pour un échange de volonté entre les parties permettant d'admettre une relation contractuelle, tant en ce qui concerne l'électricité à fournir que le prix à payer.

Les prestations de fourniture d'électricité sont largement prédéfinies par la loi ou par le mécanisme de régulation instauré dans la LApEl. Ainsi, si la voie unilatérale paraît préférable sur le plan pratique<sup>137</sup>, notamment en matière de recouvrement des créances, elle semble s'imposer au regard des critères issus du droit administratif général. Ce point de vue est appuyé par le constat que le rapport entre le gestionnaire de réseau et les clients captifs est déséquilibré, en cela que les seconds dépendent entièrement du monopole naturel et du monopole de droit des premiers sur la distribution d'électricité<sup>138</sup>; en particulier, le consommateur final se voit imposer, par la loi et la décision cantonale d'attribution de la zone de desserte, son fournisseur-distributeur d'électricité.

En pratique, la relation de fourniture débute lorsque le consommateur s'alimente effectivement en électricité, ceci sans que soit intervenue auparavant une quelconque négociation entre lui et son gestionnaire de réseau. Il peut arriver que l'utilisateur doive demander préalablement à être alimenté; la fourniture intervient alors lorsque le gestionnaire de réseau constate que les conditions sont remplies et accepte la demande (de manière unilatérale)<sup>139</sup>, là encore sans négociation possible. La possibilité proposée aux clients, par certains distributeurs, de choisir entre diverses offres ou bouquets énergétiques ne permet pas de déduire l'existence d'une relation contractuelle; le choix ne porte que sur un « produit » électrique dont le tarif est fixé de manière générale et abstraite par le gestionnaire de réseau, sous la surveillance de l'ElCom.

---

communication (DETEC). La première a été déclarée irrecevable, faute de qualité pour recourir de l'ElCom (Arrêt TF 2F\_20/2020 du 15 octobre 2020); la seconde, relative au paiement des intérêts sur les excédents tarifaires, a été rejetée (Arrêt TF 2F\_21/2020 du 15 octobre 2020).

137 FÖHSE (2018) p. 1246.

138 Dans ce sens BUCHLI (2018) p. 273; FÖHSE (2015) p. 143.

139 Voir pour exemple l'art. 6 des Conditions des services industriels de Lausanne (SiL) pour la fourniture d'énergie électrique aux usagers captifs qui indique que le rapport juridique débute « dès que l'utilisateur s'alimente en énergie électrique ou demande à être alimenté, sous réserve de l'acceptation des SiL » <<https://www.lausanne.ch/vie-pratique/energies-et-eau/services-industriels/particuliers/je-choisis-mon-offre/electricite.html#reglements>> (consulté le 20 juillet 2021).



## c. Les compétences décisionnelles des gestionnaires de réseau

Dans l'hypothèse d'une relation unilatérale, il convient d'examiner l'existence de compétences décisionnelles des gestionnaires de réseau en matière de fourniture d'électricité<sup>140</sup>; cette question vise tout particulièrement la nature juridique de la facture relative aux coûts d'achat d'électricité. A cet égard, la LApEl ne procède à aucune délégation expresse de pouvoir de décision aux gestionnaires de réseau; elle ne l'exclut toutefois pas non plus<sup>141</sup>. On peut néanmoins considérer que l'approvisionnement de base s'accompagne nécessairement d'un pouvoir décisionnel des GRD en la matière<sup>142</sup>; à tout le moins, celui-ci paraît indispensable aux gestionnaires de réseau – en particulier à percevoir le prix de l'électricité nécessaire à garantir le financement des tâches publiques qui leur incombent.

Bien que cette question n'ait pas reçu, à ce jour, de réponse claire de la jurisprudence, elle a fait l'objet d'un embryon de développement dans une affaire bâloise soumise à l'ancien droit. Celle-ci concernait l'interruption de la livraison d'électricité par un gestionnaire de réseau (un établissement de droit public autonome). Selon le Tribunal fédéral, la coupure volontaire de courant équivaut à un refus de prestation qui ne peut être mis en œuvre par un simple acte matériel. Si l'interruption effective constitue un tel acte, elle doit être précédée d'un acte souverain individuel et concret dont la nature juridique est celle de la décision<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> A ce propos, *Supra* IV.B.4.

<sup>141</sup> La doctrine n'exclut pas que le droit cantonal puisse conférer, par une norme expresse, un pouvoir décisionnel aux gestionnaires de réseau. Voir à ce propos POLTIER (2020) n° 730. Pour un avis contraire, reposant sur la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 Cst.), BUCHLI (2018) p. 269.

<sup>142</sup> Dans ce sens POLTIER (2020) n°s 747-749. Cet auteur est d'avis que les montants facturés par les gestionnaires de réseaux ne sont pas un prix, mais des contributions causales (n° 750).

<sup>143</sup> On pourrait envisager l'existence d'une décision sur acte matériel, à l'image de celle que prévoit l'art. 25a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021); le Tribunal fédéral n'y fait pas mention et évoque une décision qui précède temporellement l'acte matériel d'interruption – non qui le suit. On pourrait de même imaginer l'existence d'une décision rendue dans cadre d'une relation contractuelle, sous la forme d'un acte détachable. Le Tribunal fédéral n'y fait pas non plus référence et rejette par ailleurs explicitement cette théorie (bien que certains arrêts ne puissent se comprendre qu'en y recourant), en l'absence d'une base légale qui instaure un régime de décision dans le cadre de la relation contractuelle (à

La Haute Cour ne précise toutefois pas le fondement de la compétence décisionnelle qui échoit au gestionnaire de réseau dans ce cas. En l'absence d'une base légale formelle explicite, on peut admettre qu'elle accompagne implicitement l'accomplissement de la tâche publique consistant à garantir la fourniture d'électricité<sup>144</sup>. La décision est de surcroît indispensable à ce que l'approvisionnement<sup>145</sup> soit assuré conformément aux exigences de la LAPeI – en cela que son destinataire doit disposer à l'encontre de l'acte litigieux des voies de droit et des garanties de la procédure administrative, avant que l'interruption de fourniture proprement dite n'intervienne<sup>145</sup>.

Plus récemment, le Tribunal fédéral s'est prononcé à propos de la facture d'électricité délivrée par une commune gestionnaire de réseau, afin de déterminer s'il s'agit d'une simple demande de paiement ou d'une décision. Il rappelle qu'il est dans l'intérêt de la sécurité du droit, en matière d'administration de masse, que la portée contraignante d'un acte administratif soit clairement évidente pour son destinataire. Tel est le cas lorsque l'acte en cause indique les voies de droit ou est désigné en tant que décision. Selon ce principe, il a admis qu'une des factures contestées devait être considérée comme une décision qui ne pouvait être annulée en l'espèce, faute de motifs<sup>146</sup>.

Dans une affaire bernoise relative au recouvrement d'une créance de fourniture en électricité, le Tribunal administratif cantonal a dénié le caractère indispensable du pouvoir décisionnel du gestionnaire de réseau dans l'accomplissement de sa tâche de fourniture d'électricité aux consommateurs captifs, s'agissant des créances pécuniaires. Le gestionnaire de réseau ne pouvait ainsi rendre de décision (*Verfügung*) et ne pouvait faire valoir sa créance que dans le cadre d'une action auprès du gouvernement<sup>147</sup>. On peut regretter que, dans cet arrêt, la Cour cantonale ne se soit pas d'abord interrogée sur le caractère bilatéral ou unila-

---

ce propos, avec quelques tempéraments, MOOR/POLTIER [2011] p. 447 ss). L'analyse conduit au surplus à écarter la voie de la relation bilatérale.

<sup>144</sup> ATF 137/2010 I 120, 125 s., c. 5.5.

<sup>145</sup> La coupure de courant ne pouvant être que l'*ultima ratio*, il est nécessaire de garantir le droit d'être entendu du mauvais payeur. Dans ce sens, ATF 137/2010 I 120, 125 s., c. 5.5.

<sup>146</sup> Arrêt TF 2C\_339/2017 du 24 mai 2018, c. 4.3.

<sup>147</sup> JAB 2018 259, c. 3.3-3.4.

téral de la relation de droit public en cause, au lieu de se limiter à évaluer l'existence d'une compétence décisionnelle pour finalement en déduire (à défaut d'acte d'exécution unilatérale à disposition) une relation contractuelle. Au demeurant, il n'est pas évident que l'exécution des créances pécuniaires ne soit pas indispensable à la fourniture d'électricité, dès lors que cette dernière n'est possible que si le gestionnaire de réseau peut financer ses activités en percevant le prix de l'électricité. Dans un arrêt plus récent, le Tribunal cantonal bernois a admis la compétence décisionnelle d'une commune gestionnaire de réseau en matière de fourniture d'électricité<sup>148</sup>; son fondement ressort des règles générales de la procédure administrative cantonale.

## 2. *Le raccordement au réseau de distribution*

### a. Une relation de droit public

Le raccordement est une condition préalable indispensable pour que le réseau électrique puisse être effectivement utilisé<sup>149</sup>, mais également pour que l'électricité puisse être injectée et soutirée. L'approvisionnement de base inclut nécessairement le droit des consommateurs finaux de se connecter matériellement au réseau<sup>150</sup>.

L'article 5 al. 2 LApEl impose aux gestionnaires de réseau de raccorder « tous les consommateurs finaux » se trouvant en zone à bâtir ou dans les biens-fonds et groupes d'habitation habités à l'année hors de cette zone. Le droit cantonal peut, au demeurant, les obliger à raccorder les consommateurs finaux hors de la zone à bâtir, voire hors de leur zone de desserte (art. 5 al. 3 et 4 LApEl). La relation de raccordement découle ainsi de la loi; elle répond à des intérêts publics: la garantie de l'approvisionnement et sa sécurité – les gestionnaires assumant une tâche publique en la matière. Elle doit ainsi être attribuée au droit public, comme le retient le Tribunal fédéral<sup>151</sup>.

<sup>148</sup> TA BE 100.2019.207U du 25 février 2020, c. 2.5.

<sup>149</sup> Voir à ce titre l'art. 4 al. 1 let. a LApEl qui définit le réseau électrique comme l'ensemble des installations nécessaires au transport et à la distribution d'électricité.

<sup>150</sup> ATF 144/2018 III 111, 112 ss, c. 5.1, avec les références de doctrine citées. Message LApEl, FF 2005 1493, 1501.

<sup>151</sup> ATF 144/2018 III 111, 114 ss, c. 5.2.

b. Le réseau électrique en tant qu'équipement au sens de l'article 19 LAT

Le réseau électrique de distribution fait partie de l'équipement au sens de l'article 19 al. 1 de la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT<sup>152</sup>), en tant qu'il constitue une conduite à laquelle il est possible de se raccorder pour l'alimentation « en énergie »<sup>153</sup>. A ce titre, les collectivités publiques concernées (désignées par les cantons) doivent procéder à l'équipement de la zone à bâtir (art. 19 al. 2 LAT); en matière d'énergie, elles sont ainsi tenues d'assurer le raccordement physique des ménages au réseau de distribution, au besoin en déléguant cette tâche à des tiers tels que les gestionnaires de réseau<sup>154</sup>. Il appartient au droit cantonal de régler la participation financière des propriétaires (art. 19 al. 2, 2<sup>e</sup> phrase), en particulier par le prélèvement de taxes causales tant en ce qui concerne le raccordement que l'utilisation du réseau<sup>155</sup>.

L'obligation d'équiper de l'article 19 LAT ne concerne que la zone à bâtir, selon le texte de la loi. Pour sa part, l'article 5 al. 3 LApEl permet aux cantons d'obliger les gestionnaires de réseau à raccorder les consommateurs finaux situés hors de la zone à bâtir. L'articulation entre ces deux dispositions, notamment au regard des compétences de contrôle respectives des cantons et de l'ElCom, a fait l'objet de discussions en doctrine<sup>156</sup>. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a apporté certaines clarifications. Les coûts de raccordement au réseau (*Netzanschlusskosten*) ou les contributions correspondantes des propriétaires fonciers ne relèvent pas de la responsabilité de l'ElCom, mais des cantons; il s'agit de contributions d'équipement au sens de l'art. 19 LAT. Peu importe que le raccordement soit opéré en zone à bâtir ou hors de cette zone. Il en est de même des autres contributions cantonales susceptibles d'être

---

<sup>152</sup> RS 700.

<sup>153</sup> JEANNERAT (2016) n° 37.

<sup>154</sup> JEANNERAT (2016) nos 45-46.

<sup>155</sup> JEANNERAT (2016) nos 66 ss.

<sup>156</sup> FÖHSE (2018) p. 1238-1241. Cet auteur se montre critique envers la solution retenue dans ATAF 2015/38, en étant d'avis que le raccordement au réseau ne devrait pas être traité différemment de son utilisation. Voir également POLTIER (2020) nos 646-647 et 744.

intégrées à la facture d'électricité<sup>157</sup>. En revanche, les coûts d'utilisation du réseau électrique (*Netznutzungsentgelte*) ressortent de la compétence de l'ElCom. La responsabilité de cette dernière se limite à veiller à ce que ces coûts, qui ont déjà été facturés individuellement (raccordement et aménagement du réseau), ne soient pas à nouveau pris en compte dans la contribution d'utilisation du réseau. L'ElCom n'est pas responsable de la détermination ou de la révision des coûts de raccordement au réseau ou des contributions à l'aménagement et l'acquisition du réseau (*Netzbeiträge*); cette tâche incombe aux autorités cantonales<sup>158</sup>.

c. La nature unilatérale ou bilatérale du raccordement

Selon l'article 5 al. 2 LApEl, les gestionnaires de réseau ont l'obligation de raccorder l'ensemble des consommateurs dans leur zone de desserte; ces derniers n'ont pas, en contrepartie, le choix quant au distributeur auquel se connecter. Au demeurant, l'autorité statue de manière unilatérale, tant sur le raccordement que sur le prélèvement de taxes en la matière – sur la base d'une tarification uniforme (art. 6 al. 3 LApEl). De la sorte, la loi confère à l'autorité la faculté de déterminer seule les droits et les obligations des consommateurs finaux; elle use pour cela de la voie de la décision, tant en vertu de l'article 19 al. 2 LAT que de l'article 5 LApEl.

La jurisprudence et la doctrine admettent néanmoins que l'équipement puisse faire l'objet d'une contractualisation de droit public, en lieu et place de décisions<sup>159</sup>. Le contrat d'équipement est un accord par laquelle une collectivité publique et un propriétaire foncier conviennent des modalités de réalisation et de financement de l'équipement<sup>160</sup>. S'agissant

<sup>157</sup> WYSS, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 22 LApEl n° 17.

<sup>158</sup> Arrêt TF 2E\_1/2019 du 30 avril 2020, c. 3.6. Cet arrêt s'inscrit dans la suite de l'ATF 144/2018 III 111. Il ne sanctionne peut-être pas la fin de l'affaire. On comprend que le raccordement au réseau électrique de l'art. 15 LApEl est une tâche publique de compétence cantonale, déléguée aux GRD. La question suivante que devra éventuellement résoudre le Tribunal fédéral est celle du fondement légal (existence et suffisance de la base légale) de cette délégation de compétence, mais également de la contribution publique prélevée – sachant que l'objet et le sujet d'une contribution causale doivent figurer dans une loi au sens formel, alors que le calcul de la taxe doit figurer dans une loi au sens matériel.

<sup>159</sup> POLTIER (2020) n° 741; JEANNERAT (2016) n° 46; POLTIER (2011) p. 134 ss.

<sup>160</sup> ADANK (2016) n° 632; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT (2001) nos 193 et 749-750.

de l'équipement d'approvisionnement en électricité, une collectivité publique, voire un gestionnaire de réseau déléataire de tâches publiques, peut en ce sens convenir bilatéralement avec les consommateurs finaux des conditions de réalisation et de financement du raccordement. Un tel contrat de droit administratif ne soustrait toutefois pas l'autorité de sa responsabilité et de ses obligations d'équiper et de raccorder à des coûts proportionnés<sup>161</sup>.

La conclusion d'un contrat de raccordement est expressément prévue à l'article 10 de l'ordonnance fédérale sur l'énergie du 1<sup>er</sup> novembre 2017 (OEn<sup>162</sup>) entre les gestionnaires de réseau et les producteurs visés à l'article 15 LEn. Le contenu du contrat ainsi que les modalités de rétribution sont exposés aux articles 10 à 12 OEn.

### 3. *L'utilisation du réseau de distribution*

L'utilisation du réseau de distribution constitue une condition absolument nécessaire à l'acheminement de l'électricité jusqu'aux consommateurs finaux. Formulé autrement, l'obligation de fourniture à charge des gestionnaires de réseau, à l'article 6 al. 1 LApEl, ne peut être accomplie sans garantir aux producteurs comme aux clients captifs le droit d'utiliser le réseau de distribution auquel ils sont raccordés. L'utilisation du réseau est ainsi une composante du service public, la relation juridique qui la caractérise servant à l'accomplissement d'une tâche publique. Comme les relations de raccordement et de fourniture, la relation d'utilisation du réseau relève du droit public<sup>163</sup>.

Dans le cadre de l'approvisionnement de base, les obligations réciproques des gestionnaires de réseau et des clients captifs découlent directement de la loi. Les premiers sont tenus de garantir l'utilisation de leur réseau en tout temps, alors que les seconds doivent, en contrepartie, s'acquitter d'une taxe à titre de rémunération de cette prestation. Les modalités de calcul et de prélèvement, ainsi que le contenu, de cette contribution due au gestionnaire de réseau sont prédéterminés aux articles 14 et 15 LApEl et 13 ss OApEl. En outre, la rémunération pour l'utilisation du réseau

---

<sup>161</sup> JOMINI (1999/2010) n° 68.

<sup>162</sup> RS 730.01.

<sup>163</sup> ATF 141/2015 III 111, 116, c. 5.2 *in fine*.

doit être soumise à une tarification uniforme de nature normative (art. 6 al. 3 LApEl), laquelle exclut toute négociation.

Dans ce contexte, il ne subsiste guère de place pour le procédé contractuel et l'échange réciproque de volonté; le gestionnaire de réseau statue de manière unilatérale, s'agissant en particulier du prélèvement de la taxe d'utilisation du réseau. De surcroît, la rémunération pour l'utilisation du réseau fait l'objet d'une surveillance de l'ElCom, en vertu de l'article 22 al. 2 LApEl. A cet égard, la voie du recours n'est pas ouverte à l'encontre de cette contribution publique, lorsqu'est en cause la violation de dispositions tarifaires (art. 22 al. 2 LApEl). L'ElCom peut être en revanche saisie, celle-ci étant habilitée à trancher par décision les litiges en la matière (art. 23 LApEl)<sup>164</sup>.

Dans le régime actuel de la LApEl, les gestionnaires de réseau répercutent les coûts qui leur incombent dans le domaine des systèmes de mesure (art. 17a à 17c LApEl) sur l'ensemble des consommateurs finaux de leur zone de desserte, au moyen de la rémunération pour l'utilisation du réseau. Avec l'ouverture complète du marché de l'électricité qui permet aux clients finaux de choisir librement leur fournisseur, une telle imputation n'est pas adaptée<sup>165</sup>. Le projet de révision de la LApEl de juin 2021 prévoit alors de distinguer la prestation de mesure de l'utilisation du réseau – les gestionnaires de réseau étant néanmoins responsables des systèmes de mesure dans leur zone de desserte. Dans le régime envisagé, le gestionnaire de réseau concerné est tenu de procéder aux mesures lorsque les clients finaux ne disposent pas du libre choix de l'exploitant de stations de mesure et du prestataire de mesure ou y renoncent. Les prestations respectives sont alors prévues par la loi; en particulier, le gestionnaire de réseau perçoit une rémunération sur la base de tarifs régulés qu'il fixe (en principe pour une année) conformément « au principe de causalité »<sup>166</sup>. Dans ces circonstances, aucune place n'est laissée à l'échange de volonté; le rapport juridique qui lie le consommateur et le prestataire s'avère ainsi unilatéral.

<sup>164</sup> Voir à ce propos POLTIER (2020) n° 660; WYSS, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 22 LApEl n° 11 ss.

<sup>165</sup> CONSEIL FÉDÉRAL (2021), p. 101.

<sup>166</sup> Art. 17a<sup>bis</sup> al. 1 du projet de révision de la LApEl. Au demeurant, les tarifs de mesure et la rémunération perçue au titre de la mesure visés à l'art. 17a<sup>bis</sup> al. 1 et 2 sont soumis à la surveillance de l'ElCom (art. 22 al. 2 let. b du projet de révision de la LApEl).

## E. Les consommateurs éligibles ayant fait usage de leur droit d'accès

### 1. Le droit d'accès

Selon l'article 6 al. 1 LApEl, les gestionnaires de réseau ont l'obligation de fournir en tout temps l'ensemble des consommateurs finaux de leur zone de desserte. En ce qui concerne les consommateurs éligibles, cette obligation se traduit par le droit d'utiliser le réseau électrique auquel ils sont raccordés – afin d'y faire transiter l'énergie acquise sur le marché. Le droit d'accès est alors défini, à l'article 4 al. 1 let. d LApEl, comme « le droit d'utiliser le réseau » afin d'injecter de l'électricité ou d'en acquérir auprès du fournisseur de son choix.

Le droit d'accès apparaît comme la condition impérative de la garantie et de la sécurité de l'approvisionnement des consommateurs éligibles; les gestionnaires de réseau sont tenus, à cet égard, de le leur accorder de manière non discriminatoire (art. 13 al. 1 LApEl). Il s'agit d'une tâche publique soumise à une importante régulation de droit public. Dans le contexte du droit d'accès, la relation d'utilisation du réseau est ainsi à attribuer au droit public.

L'accès au réseau est une obligation découlant de la loi, celle-ci précisant le cercle des consommateurs visés (art. 11 OApEl) de même que les modalités de rémunération pour l'utilisation du réseau (art. 14 et 15 LApEl, art. 12 ss OApEl). Au demeurant, l'ElCom exerce la surveillance de l'accès au réseau, pouvant aller jusqu'à l'accorder à titre provisionnel (art. 22 al. 2 let. a LApEl). De la sorte, suivant le raisonnement entrepris à propos de l'utilisation du réseau par les clients captifs<sup>167</sup>, la nature de la relation découlant du droit d'accès apparaît comme unilatérale, associée à une compétence décisionnelle du GRD; pour le moins, la voie unilatérale n'est exclue ni par le texte ni par le sens de la loi. Tel est en particulier le cas lorsque le droit d'accès est « refusé » (*verweigert, negato*) conformément à l'article 13 al. 2 LApEl. Un tel acte doit alors être motivé afin que le droit d'être entendu de son destinataire soit respecté.

La doctrine est davantage d'avis qu'il conviendrait d'admettre la voie contractuelle (contrat d'attribution), sans justifier dans les détails ce

---

<sup>167</sup> *Supra* IV.D.3.



point de vue<sup>168</sup>. En principe, le contrat de droit administratif peut remplacer la décision, si la loi ne l'exclut pas au terme d'une interprétation adéquate<sup>169</sup>. Bien que la LApEl encadre très largement l'accès au réseau, celui-ci peut être refusé, notamment si l'exploitation sûre du réseau serait compromise ou si les capacités ne sont pas disponibles (art. 13 al. 2 LApEl)<sup>170</sup>. En ces circonstances, selon l'adage « qui peut le plus peut le moins », le gestionnaire de réseau peut ne pas refuser purement et simplement le raccordement, mais convenir contractuellement de l'acheminement de quantités d'électricité moindres – satisfaisant à la capacité et à la sécurité du réseau; la loi n'y fait pas obstacle. Au demeurant, en matière de taxes parafiscales, l'échange de prestations dépend souvent des circonstances concrètes et non pas d'un système complet instauré par la loi; le procédé contractuel est alors ouvert<sup>171</sup>. S'agissant du droit d'accès, les coûts d'utilisation du réseau pour les consommateurs éligibles ne sont pas assujettis à des tarifs prédéterminés sous la forme de règles de droit; l'article 6 al. 3 LApEl ne leur est pas applicable. Ainsi, la relation d'utilisation du réseau est susceptible de faire l'objet d'une contractualisation en ce qui concerne la contribution causale qui lui est liée – dans le cadre fixé par la loi<sup>172</sup>.

En matière de prestations de mesure, le projet de révision de la LApEl du 18 juin 2021 laisse le libre choix de l'exploitant de stations de mesure et du prestataire de mesure aux consommateurs finaux consommant annuellement plus de 100 MWh, mais également à certains autres consommateurs dont ceux qui font usage du droit à la consommation propre (art. 16 LEne)<sup>173</sup>. S'agissant d'un choix du consommateur que le prestataire de mesure peut refuser, cette relation juridique repose sur un régime contractuel. L'art. 17a al. 5 du projet de révision de la LApEl mentionne à ce titre expressément l'existence de « contrats », sans préciser toutefois s'ils relèvent du droit public ou privé.

---

168 WALDNER (2010) p. 1311 ss; SCHOLL (2016) n° 12; MÜLLER (2016) p. 68-69. Voir également POLTIER (2020) n° 754.

169 *Supra* IV.B.3.

170 Les litiges à propos de l'accès au réseau doivent être portée devant l'ElCom (art. 22 al. 2 let. a LApEl).

171 MOOR/POLTIER (2011) p. 455.

172 POLTIER (2020) n° 755-756.

173 Art. 17a du projet de révision de la LApEl.

## 2. *Le raccordement au réseau*

La jurisprudence relative au raccordement évoquée à propos de l'approvisionnement de base ne se prononce pas sur la nature juridique du rapport qui se noue entre le gestionnaire de réseau et les consommateurs éligibles qui ont fait usage de leur droit d'accès au réseau. L'obligation de raccorder imposée aux gestionnaires de réseau à l'article 5 al. 2 LApEl vise « tous les consommateurs finaux », sous-entendus les consommateurs captifs et éligibles. A ce titre, le raisonnement développé à propos de l'approvisionnement de base peut être, à notre sens, transposé au raccordement des consommateurs éligibles. De la sorte, la relation en cause est à attribuer au droit public. Elle peut être de nature unilatérale en principe. La voie contractuelle est également ouverte, puisqu'elle n'est pas exclue par la loi, par la conclusion d'un contrat d'équipement (comportant également les modalités de la contribution de raccordement, laquelle échappe à une tarification de droit fédéral)<sup>174</sup>.

## 3. *La fourniture d'électricité*

Les consommateurs éligibles qui ont fait usage de leur droit d'accès disposent du libre choix de leur fournisseur en électricité. La relation qui les lie échappe à la régulation de la LApEl; elle repose, selon la jurisprudence et la doctrine, sur des contrats de droit privé<sup>175</sup>.

## V. Conclusion

L'approvisionnement en électricité désigne une notion complexe qui comprend de multiples services ayant pour finalité la mise à disposition des consommateurs de l'énergie dont ils ont besoin. Cela suppose non seulement qu'une quantité suffisante d'électricité soit produite, mais également que cette dernière puisse être effectivement injectée, transformée, acheminée puis soutirée – de manière fiable et en tout temps. Il en résulte un entrelacs de relations juridiques qui impliquent divers agents écono-

---

<sup>174</sup> *Supra* IV.D.2.

<sup>175</sup> ATF 144/2018 III 111, 112 ss, c. 5.1; ATF 142/2016 II 451, 464 s., c. 4.2.1; ATF 138/2012 I 454, 463 s., c. 3.6.3; Arrêt TF 2C\_12, 13/2016 du 16 août 2016, c. 3.3.2; Arrêt TF 4A\_582/2014 du 17 avril 2015, c. 2.2. En doctrine, POLTIER (2020) n° 757; MÜLLER (2016) p. 69; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 492.

miques et autorités, chargés de veiller conjointement à la garantie et à la sécurité de l’approvisionnement en électricité. Ce véritable système de relations caractérise, mais structure également, un marché de l’électricité marqué par une ouverture partielle et une solide régulation.

A l’heure actuelle, il subsiste de nombreuses incertitudes quant à la qualification juridique de la plupart de ces relations. La loi, la LApEl en tête, reste incertaine, voire muette, à ce propos. Elle laisse une vaste place à l’interprétation et au droit prétorien. Ce n’est que récemment que le Tribunal fédéral a eu l’occasion de se prononcer, de manière encore incomplète par ailleurs, dans le domaine de l’approvisionnement de base. Il a établi à cet égard que la fourniture, le raccordement au réseau et son utilisation relèvent de relations de droit public, sans préciser leur caractère unilatéral ou contractuel. La Cour fédérale pourrait être amenée, à l’avenir, à lever d’autres incertitudes. Au demeurant, il serait souhaitable que le législateur, lors d’une prochaine révision de la LApEl, dissipe une partie du flou dans lequel sont plongés les rapports juridiques qui animent l’approvisionnement en électricité. Ce ne semble toutefois pas être le cas dans le projet de révision présenté par le Conseil fédéral le 18 juin 2021.

La présente contribution s’est attachée, en l’état du droit et de la jurisprudence, à évaluer la nature des relations juridiques de l’approvisionnement électrique. Il en ressort que l’instrument contractuel bénéficie d’une place confortable dans les relations que nouent les gestionnaires de réseau entre eux, la nature de droit public ou de droit privé restant en certaines circonstances délicate à établir. Le législateur a probablement souhaité favoriser la collaboration et les accords entre opérateurs plutôt que des rapports hiérarchiques fondés sur une base décisionnelle; s’il définit dans la loi les intérêts publics à poursuivre, les tâches publiques à accomplir ou certains instruments à mettre en œuvre, il réserve aux gestionnaires de réseau la marge de manœuvre nécessaire à l’engagement de processus contractuels.

Il en va différemment des relations tissées par les consommateurs finaux. L’analyse de la LApEl tend à reconnaître l’existence de relations unilatérales qu’accompagne une compétence décisionnelle des gestionnaires de réseau de distribution. En particulier, la voie unilatérale paraît s’imposer en matière de fourniture et d’utilisation du réseau, dans le cadre de l’approvisionnement base. S’agissant du raccordement et de l’accès au

réseau, cette voie semble admissible, bien que la relation puisse également faire l'objet d'une contractualisation en droit public. Exception notable à ces constats, la fourniture d'électricité aux consommateurs ayant fait usage de leur droit d'accès se fonde sur une relation contractuelle de droit privé.