

..... [ le savoir vivant ]

# LA CONTRACTUALISATION EN DROIT PUBLIC

JOURNÉE DE DROIT ADMINISTRATIF 2020



## Le contrat de fourniture d'énergie

.....

Unil  
UNIL | Université de Lausanne

Prof. Thierry Largey 04.02.2020 1

## Le contrat de fourniture d'énergie

1. Introduction
2. Un système de relations juridiques complexe
3. Les caractéristiques du marché de l'électricité en Suisse
4. Qualification des relations juridiques avec le consommateur final
5. Conclusions et perspectives

.....

Unil  
UNIL | Université de Lausanne

JDA 2020 04.02.2020 2

Introduction Système de relations complexe Marché de l'électricité Consommateur final Conclusions et perspectives

## I. INTRODUCTION

S'agissant des **relations juridiques** qui se tissent en matière d'approvisionnement en énergie, et plus particulièrement en électricité ...



- La LApEI est un acte législatif hermétique (K. Föhse, 2015);
- On navigue à l'aveugle (M. Föhse, 2018);
- La diversité de ces relations rend le problème diabolique (E. Poltier, 2017).

JDA 2020 04.02.2020  Université de Lausanne 3

Introduction Système de relations complexe Marché de l'électricité Consommateur final Conclusions et perspectives

- A suivre les termes utilisés par la jurisprudence ainsi qu'une partie de la doctrine, ces relations reposent sur des **contrats** (*Verträge / Vereinbarungen*) associés parfois à une **obligation de contracter** (*Kontrahierungspflicht / Kontrahierungszwang*)

(ATF 144 III 111, c. 5.2; TF 2C\_12,13/2016, c. 3.3.2 et 3.3.3; TF 4A-582/2014, c. 2.3; ATF 137 I 120, c. 5.3)

**Quelle est la nature juridique exacte de ces « contrats » ?**  
Avec l'adoption de la LApEI en 2007, la fourniture en électricité – de nature économique – serait-elle le terrain privilégié de la contractualisation ?

- La question n'est pas anodine : recouvrement des créances, modes de résolution des litiges, répartition des compétences.
- Elle doit être tranchée par l'analyse de la structure et de l'objet de la relation juridique considérée.
- La qualification par les parties est sans pertinence (ATF 134 II 297).

JDA 2020 04.02.2020  Université de Lausanne 4

Introduction    Système de relations complexe    Marché de l'électricité    Consommateur final    Conclusions et perspectives

**GESA**  
GRUYÈRE ÉNERGIE SA

Conditions générales relatives au raccordement, à l'utilisation du réseau et à la fourniture en énergie électrique de Gruyère Energie SA

**Art. 3 Début et durée des rapports juridiques**

**3.1** [...] dans le cas d'un raccordement au réseau basse tension (BT), ils débutent dès le dépôt de la demande de raccordement au réseau de distribution ou, à défaut d'une telle demande, dès le dépôt de l'avis d'installation.

**SiL**  
Direction des Services industriels

CONDITIONS DES SERVICES INDUSTRIELS DE LAUSANNE POUR LA FOURNITURE D'ÉNERGIE ÉLECTRIQUE AUX USAGERS CAPTIFS

**Art.6 Début des rapports juridiques**

**1** Les rapports juridiques entre les SiL et l'utilisateur aux conditions du présent document débutent, pour la fourniture d'énergie électrique, dès que l'utilisateur s'alimente en énergie électrique ou demande à être alimenté [...].

**Art.8 Fin des rapports juridiques**

**1** Sauf convention contraire, l'utilisateur peut en tout temps mettre fin aux rapports juridiques avec les SiL moyennant résiliation [...]. L'utilisateur reste responsable du paiement de l'énergie électrique distribuée et consommée [...].

*Unil*  
UNIL | Université de Lausanne

JDA 2020    04.02.2020    5

Introduction    Système de relations complexe    Marché de l'électricité    Consommateur final    Conclusions et perspectives

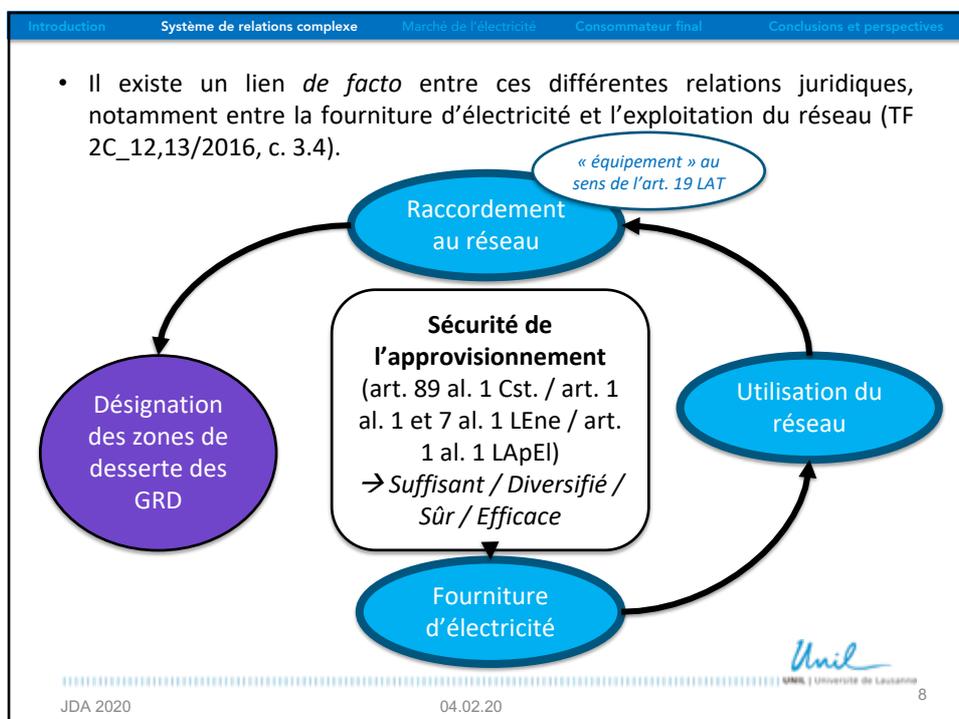
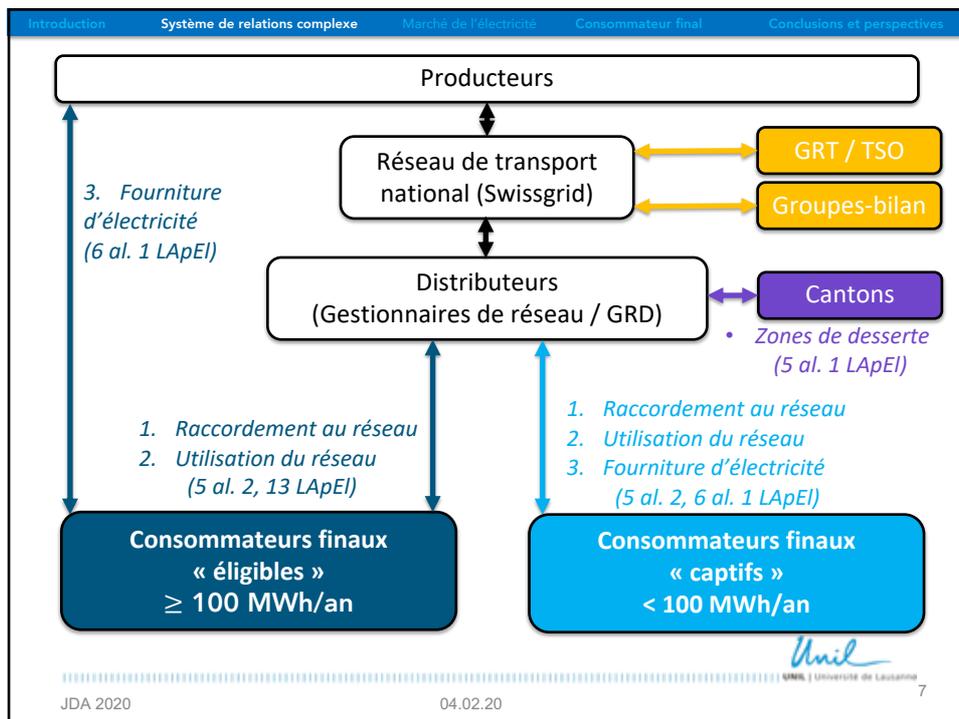
## 2. UN SYSTÈME DE RELATIONS JURIDIQUES COMPLEXE

LA PRODUCTION    LE TRANSPORT    LA DISTRIBUTION    LA FOURNITURE D'ÉLECTRICITÉ

The illustration depicts the electricity supply chain. On the left, under 'LA PRODUCTION', there are wind turbines, solar panels, and a power plant. In the center, under 'LE TRANSPORT', there are high-voltage power lines and pylons. On the right, under 'LA DISTRIBUTION' and 'LA FOURNITURE D'ÉLECTRICITÉ', there are lower-voltage lines, transformers, and residential houses with cars.

*Unil*  
UNIL | Université de Lausanne

JDA 2020    04.02.20    6



Introduction	Système de relations complexe	Marché de l'électricité	Consommateur final	Conclusions et perspectives
<h3>3. LES CARACTÉRISTIQUES DU MARCHÉ DE L'ÉLECTRICITÉ EN SUISSE</h3>				
<b>Libéralisation partielle du marché électrique – LApEI du 23.3.2007</b>				
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Consommateurs finaux « captifs » (&lt; 100 MWh/an) et « éligibles » (≥ 100 MWh/an) – art. 6 al. 2 LApEI;</li> <li>• <i>Obligation de raccordement</i> au réseau électrique (art. 5 al. 2 LApEI);</li> <li>• <i>Approvisionnement de base</i> des « captifs » – composante du « service public » garantissant la fourniture en quantité souhaitée et en qualité requise, à des tarifs équitables et uniformes (art. 6 al. 1 et 3 LApEI);</li> <li>• <i>Droit d'accès</i> au réseau pour les producteurs et les « éligibles » (art. 13 et 6 al. 6 LApEI).</li> </ul>				
JDA 2020		04.02.2020		 <small>UNIL   Université de Lausanne</small> 9

Introduction	Système de relations complexe	Marché de l'électricité	Consommateur final	Conclusions et perspectives
<b>Prise en compte du monopole naturel des exploitants de réseaux</b>				
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dégroupage comptable (art. 10 al. 3 LApEI);</li> <li>• Exploitation du réseau national de transport par Swissgrid SA (art. 18 LApEI);</li> <li>• Attribution des « zones de desserte » par les cantons (art. 5 LApEI), en tant que délégation de tâche publique (monopole de droit ?).</li> </ul>				
<b>Régulation indépendante du marché électrique par l'EICOM (art. 21-23 LApEI)</b>				
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Surveillance a posteriori de l'application de la LApEI</i>. Vérification d'office des tarifs et de la rémunération pour l'utilisation du réseau (art. 22 al. 2 let. b LApEI);</li> <li>• En cas de litige, statue sur l'accès au réseau, son utilisation ou la facturation du gestionnaire dès lors qu'est invoquée la violation des tarifs (art. 22 al. 2 let. a LApEI). L'EICOM statue par le biais de décisions (art. 23 LApEI).</li> </ul>				
JDA 2020		04.02.2020		 <small>UNIL   Université de Lausanne</small> 10

Introduction    Système de relations complexe    Marche de l'électricité    **Consommateur final**    Conclusions et perspectives

## 4. QUALIFICATION DES RELATIONS JURIDIQUES AVEC LE CONSOMMATEUR FINAL

```

graph LR
    P[Producteurs] <--> C1[Consommateurs « éligibles »]
    P <--> C2[Consommateurs « captifs »]
    GR[Gestionnaires de réseau] <--> C1
    GR <--> C2
  
```

- La relation juridique est-elle soumise au **droit public** ou au **droit privé** ?  
 → son objet est-il régi par le droit public ou privé ?  
 → sa fonction, mise en oeuvre d'une tâche publique ou privée ?
- La relation juridique est-elle **unilatérale** ou **bilatérale** ?  
 → les prestations sont-elles prédéterminées par la loi ou définies par la volonté des parties ?  
 → les conséquences juridiques ressortent-elles de la loi ou d'un accord mutuel ?

*Unil*  
UNIL | Université de Lausanne

JDA 2020    04.02.2020    11

Introduction    Système de relations complexe    Marche de l'électricité    **Consommateur final**    Conclusions et perspectives

### Consommateurs finaux « captifs » et approvisionnement de base

- L'objet des relations est régi par la LApEl :
  - Obligation de raccorder (art. 5 al. 2);
  - Obligation de livraison (art. 6 al. 1) induisant le droit d'utiliser le réseau.

**Relations de droit public**  
(ATF 144 III 111)  
→ Délégation de tâches publiques  
→ Intérêt public mis en oeuvre
- L'approvisionnement de base ne prévoit guère de place pour le consentement :
  - Prix défini par le GRD;
  - Distributeur imposé par le canton;
  - Obligation de raccorder et livrer;
  - Relation de subordination;
  - Régulation du marché par ElCom.

**Relations unilatérales**  
→ « Contrat d'équipement » - possible en matière de **raccordement** (construction et financement du réseau).

En cas de relations unilatérales, encore faut-il que les GRD puissent disposer de compétences décisionnelles ...  
(voir ATF 137 I 120; JAB 2018/259 avec note M. Buchli; ATF 144 II 376)

*Unil*  
UNIL | Université de Lausanne

JDA 2020    04.02.2020    12



Introduction	Système de relations complexe	Marché de l'électricité	Consommateur final	Conclusions et perspectives
<h2>5. CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES</h2>				
<ul style="list-style-type: none"> <li>• L'approvisionnement des consommateurs finaux se fonde sur des relations juridiques de droit public, à l'exception de la fourniture des consommateurs éligibles :               <ul style="list-style-type: none"> <li>→ l'incertitude juridique subsiste encore, quant à la qualification précise.</li> </ul> </li> <li>• Avec l'identification de relations unilatérales et d'un pouvoir décisionnel des GRD, nombreuses sont les conséquences juridiques à tirer :               <ul style="list-style-type: none"> <li>→ voies de recours, sous réserve de la voie d'action à l'ElCom;</li> <li>→ recouvrement des créances (art. 80 al. 2 ch. 2 LP);</li> <li>→ <i>quid</i> des « conditions générales » des gestionnaires ?</li> <li>→ factures d'électricité, des décisions ? (voir TF 2C_339/2017)</li> </ul> </li> <li>• Le choix de la relation restreinte pour une contractualisation finalement limitée ?</li> <li>• Le législateur aurait avantage à clarifier la situation, en évitant les régimes par trop « exotiques » (voir art. 9 pLApGas, avec le rapport explicatif p. 31).</li> <li>• La pratique et les incertitudes actuelles ne peuvent être ignorées :               <ul style="list-style-type: none"> <li>→ quelle place pour le droit cantonal ?</li> </ul> </li> </ul>				
<p>JDA 2020</p> <p>04.02.2020</p>				 <small>UNIL   Université de Lausanne</small> 15

Introduction	Système de relations complexe	Marché de l'électricité	Consommateur final	Conclusions et perspectives
<h2>Merci de votre attention</h2>				
				
<p>thierry.largey@unil.ch</p>				 <small>UNIL   Université de Lausanne</small> 16
<p>JDA 2020</p> <p>04.02.2020</p>				