



Nos références: olm, 1^{er} février 2010

Nature juridique des directives et documents de la branche

A. Problématique

L'Association des entreprises électriques suisses (AES) a édicté des directives en se fondant sur les articles mentionnés à l'art. 27, al. 4 de l'ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEI; RS 734.71). Une vue d'ensemble des documents de la branche contenant ces directives se trouve aux pages 22 s. du document Modèle de marché pour le courant électrique - Suisse (MMEE - CH, édition 2009, en ligne sur le site www.strom.ch/fr > Dossiers > Marché de l'électricité) de l'AES. La question se pose de savoir quelle est la nature juridique de ces directives, d'une part, et de l'ensemble des documents de la branche, d'autre part, et si l'ElCom est liée par ces directives ou par les documents de la branche.

B. Directives

1. Délégation de compétences législatives à des privés

La délégation de compétences législatives à des privés nécessite une base constitutionnelle dans la mesure où l'adoption de règles de droit est en principe réservée à des organes étatiques (art. 163 ss et 182 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst.; RS 101]). Exceptionnellement, lorsque l'exécution d'une tâche fédérale par des particuliers ne peut être réalisée autrement, ces derniers peuvent être autorisés par une loi formelle à édicter des règles de droit. De telles dispositions d'exécution doivent se limiter à ce qui est nécessaire à l'exécution de la tâche déléguée et ne peuvent prévoir de nouvelles obligations matérielles (Office fédéral de la justice, Guide de législation, 2007, n. 842, ATF 135 II 38, consid. 4.5).

Or, il n'existe pas de base constitutionnelle pour la délégation de compétences législatives à des privés dans le droit de l'énergie (cf. notamment art. 91, al. 1, Cst.). Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution relatives à la loi sur l'approvisionnement en électricité (art. 30, al. 2 de la loi sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007 [LApEI; RS 734.7]). L'art. 30, al. 3 de la LApEI prévoit que le Conseil fédéral peut charger l'office d'édicter des prescriptions techniques ou administratives. Selon l'art. 3, al. 2 de la LApEI, aussi bien la Confédération que les cantons sont tenus, avant d'édicter des dispositions d'exécution, d'examiner les accords conclus par des organisations privées et de les reprendre, si nécessaire, dans les dispositions d'exécution. De plus, l'art. 30, al. 4 de la LApEI habilite le Conseil fédéral à associer des organisations privées à l'exécution de cette loi. Cependant, il ne s'agit pas de déléguer des compétences législatives à des organisations privées comme c'est le cas p. ex. à l'art. 52, al. 1 de la loi fédérale sur l'approvisionnement économique du pays du 8 octobre 1982 (LAP; RS 531). Une telle délégation de compétence devrait être expressément prévue dans la LApEI.

Même si les directives présentent un caractère général et abstrait, il leur manque le pouvoir de puissance publique puisqu'aucune compétence législative n'a été déléguée à des organisations privées.



2. Autorégulation

Par autorégulation, on entend une réglementation requise, encouragée ou négociée avec l'Etat, édictée par des privés, p. ex. des associations économiques ou professionnelles, qui remplace une réglementation étatique et décharge ainsi l'Etat. Ce dernier peut encadrer l'autorégulation p. ex. en fixant des conditions cadre pour la réglementation privée et en se référant à la régulation étatique au cas où l'on ne parvient pas à l'autorégulation souhaitée (Georg Müller, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 1999, n. 72).

Les avantages de l'autorégulation sont la mobilisation de connaissances techniques, la décharge de l'Etat, l'amélioration de l'acceptation et une plus grande flexibilité par rapport à l'activité législative de l'Etat. L'autorégulation est cependant en principe moins démocratique et transparente et conduit à la concentration des pouvoirs et à des distorsions de concurrence lorsque toutes les organisations privées intéressées ne peuvent pas y participer de la même manière. Il est en outre plus difficile de sauvegarder l'intérêt public (Müller, *op. cit.*, n. 73).

Le Conseil fédéral exige des gestionnaires de réseau, p. ex. à l'art. 3, al. 1 de l'OApEI, qu'ils édictent des directives transparentes et non discriminatoires régissant, entre autres, l'attribution des consommateurs finaux et des producteurs d'électricité. Il précise ainsi les grandes lignes des directives dans ce domaine. L'Office fédéral de l'énergie (OFEN) est habilité par l'art. 27, al. 4 de l'OApEI, à fixer des dispositions d'exécution en la matière si les gestionnaires de réseau ne peuvent pas s'entendre en temps utile sur les directives à adopter ou si celles-ci ne sont pas appropriées. Cette disposition doit inciter les gestionnaires de réseau à s'entendre sur des directives communes afin que l'OFEN n'en fixe pas souverainement. Il n'est toutefois pas prévu que l'OFEN se livre à un examen abstrait de leur contenu. Elles ne font pas non plus l'objet d'une publication officielle. Ce sont les gestionnaires de réseau qui sont chargés de leur publication (art. 27, al. 4, OApEI).

Les directives sont par conséquent des normes d'autorégulation dont l'élaboration a été encouragée par le Conseil fédéral sans délégation de compétences législatives. La question de leur caractère obligatoire se pose comme suit.

3. Caractère obligatoire des directives du fait d'un renvoi?

3.1 Principes

Le renvoi ne délègue pas de compétences législatives à des privés. Les règles élaborées par des particuliers ne deviennent pas des actes législatifs étatiques du fait du renvoi, mais conservent en principe leur caractère privé. Cependant, dans la mesure où le législateur renvoie à des normes privées bien déterminées (renvoi statique) que l'organe législatif déclare applicables, ces règles édictées par des organisations privées deviennent, en raison du renvoi, du droit édicté par l'Etat (Guide de législation, *op. cit.*, 2007, n. 901; Müller, *op. cit.*, n. 310).



3.2 Types de renvois

Par «renvoi», il faut comprendre le fait de se référer, dans un acte législatif, à une réglementation déjà existante et de renoncer, par là-même, à en créer une nouvelle. Il existe divers types de renvois :

Le renvoi indirect: le législateur renvoie à un «standard», au sens de clause générale, ou à des normes techniques particulières qui sont mentionnées à titre d'exemple. Ce type de renvoi est admissible, car il n'impose pas le respect d'une norme technique particulière. Le destinataire de la réglementation est libre d'apporter la preuve que l'exigence légale peut être remplie autrement qu'en respectant une norme d'une association (Guide de législation, op. cit., 2007, n. 902).

Le renvoi direct: le législateur renvoie expressément à un ensemble déterminé de normes. Les renvois directs sont soit statiques (ils portent sur une version déterminée de l'objet du renvoi) soit dynamiques (ils se réfèrent à un ensemble de normes quelles que soient les modifications qu'elles puissent subir) (Guide de législation, op. cit., n. 892 ss.). En doctrine et dans la pratique actuelles, on considère que les **renvois statiques** sont admissibles dans la mesure où ils permettent d'adopter une réglementation appropriée pour le présent et pour un proche futur.

Le renvoi dynamique: au moment de l'entrée en vigueur de la norme de renvoi, le législateur peut se faire une représentation concrète du contenu de la norme privée et examiner sa conformité à l'ordre juridique. Il n'a cependant aucune garantie que l'auteur du règlement respectera toujours, également dans le futur, le cadre établi par le législateur. Le renvoi dynamique à des règles édictées par des associations constitue en fait une délégation déguisée de compétences réglementaires à un organe extra-étatique et n'est donc pas admissible (Guide de législation, op. cit., 2007, n. 902).

3.3 Directives selon l'OApEI

L'OApEI exige des gestionnaires de réseau qu'ils édictent des directives dans différents domaines. Comme constaté plus haut, il ne s'agit pas d'une délégation de compétences législatives. Par ailleurs, il n'y a ni renvoi statique ni renvoi dynamique. En effet, il n'est fait référence ni à un document de la branche concret ni à la version actuelle d'un document de la branche. Toutefois, il pourrait y avoir un renvoi indirect.

Si l'on comprend l'art. 3, al. 1 de l'OApEI, pris à titre d'exemple, comme un renvoi indirect aux directives (directives au sens de «règles techniques reconnues»), il faut se référer à des directives existantes pour concrétiser un accès au réseau transparent et non discriminatoire. Comme il existe de nombreuses combinaisons possibles dans ce domaine, l'OApEI reste générale et laisse la branche régler les détails (Ordonnance sur l'approvisionnement en électricité: Rapport explicatif sur le projet du 27 juin 2007 soumis à la consultation, p. 7).

L'OApEI ne mandate pas explicitement une association professionnelle déterminée pour établir des directives mais bien «les gestionnaires de réseau» qui doivent par conséquent tous s'entendre sur des directives. Il ressort cependant du rapport explicatif relatif à l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité que l'auteur de l'ordonnance a pensé, pour les directives à adopter, aux documents de la branche, ici au Modèle de marché pour le courant électrique - Suisse (MMEE - CH) de l'AES (Ordonnance sur l'approvisionnement en électricité: Rapport explicatif sur le projet du 27 juin 2007 soumis à la consultation, p. 4). On peut en déduire que l'AES est considérée, dans une certaine mesure, comme représentante de tous les gestionnaires de réseau et doit donc s'entendre sur les directives avec les gestionnaires de réseau qui ne lui sont pas affiliés. Il découle de l'art. 27, al. 4 de l'OApEI que les gestionnaires de réseau doivent en outre consulter les représentants des consomma-



teurs finaux et des producteurs avant d'édicter des directives. La branche et les consommateurs finaux ont été consultés en avril/mai 2009 (Modèle de marché pour le courant électrique - Suisse, MMEE - CH, édition 2009, p. 3, en ligne sur le site www.strom.ch/fr > Dossiers > Marché de l'électricité). Les propositions de modifications émises lors de cette consultation n'ont cependant été que partiellement prises en considération. Il s'ensuit que le contenu des directives ne fait pas l'objet d'un consensus au sein de la branche (et pour les grands consommateurs finaux concernés). Un consensus indiquerait que les directives sont appropriées.

Par conséquent, l'EiCom examinera, en cas de litige concret, quelle solution proposent les directives de la branche. Elle reprendra la solution proposée à moins que celle-ci ne se révèle inappropriée.

C. Documents de la branche

1. Nature juridique

L'AES qualifie le « Modèle de marché pour le courant électrique – Suisse » de recommandation de la branche ou de guide réglant les aspects centraux de l'organisation du marché suisse de l'électricité (Modèle de marché pour le courant électrique - Suisse, MMEE - CH, édition 2009, p. 6 et 7, en ligne sur le site www.strom.ch/fr > Dossiers > Marché de l'électricité). Les dispositions qui vont plus loin que les directives contenues dans le MMEE - CH et dans les documents clé y relatifs n'ont pas été demandées par l'Etat. Il s'agit donc de règles volontaires, non requises par l'Etat, qui ne constituent pas une autorégulation au sens précité (cf. B.2.). Il convient d'examiner ci-après le caractère obligatoire des documents de la branche.

2. Caractère obligatoire

La question se pose de savoir si les dispositions figurant dans les documents de la branche élaborés par l'AES qui ne sont pas considérées comme des directives au sens de l'art. 27, al. 4 de l'OApEI peuvent acquérir un caractère obligatoire en tant que normes d'association ou en étant reprises dans des contrats entre les différents acteurs de la branche.

2.1 Normes d'association

Dans une association, les membres sont principalement tenus de respecter les statuts. Or, les statuts de l'AES ne font pas référence aux documents de la branche ou à leur caractère obligatoire. L'AES qualifie ses documents réglementant l'utilisation des réseaux électriques et l'organisation du commerce de l'énergie de recommandations de la branche traitant de l'organisation du marché libéralisé de l'électricité (Modèle de marché pour le courant électrique - Suisse, MMEE - CH, édition 2009, p. 6, en ligne sur le site www.strom.ch/fr > Dossiers > Marché de l'électricité). Il s'agit de documents qui ont été approuvés par le Comité de l'AES (à l'exception du Transmission Code 2008 adopté par swiss-grid). La qualification de recommandation ne signifie cependant pas que les documents de la branche publiés par l'AES lient ses membres comme les statuts. L'affiliation d'une entreprise d'approvisionnement en électricité à l'AES ne signifie pas pour autant qu'elle doit suivre les recommandations émises par cette association.



2.2 Partie intégrante du contrat

L'AES a publié des contrats types qui servent d'aides rédactionnelles pour établir des contrats entre les acteurs du marché ouvert de l'électricité. Ces modèles de contrats prévoient que les cocontractants reprennent, selon le type de contrat, certains documents clé comme base contractuelle (p. ex. Contrat cadre pour l'utilisation du réseau par les fournisseurs, Contrat de raccordement et d'utilisation du réseau pour producteur, Contrat d'exploitation de réseau entre gestionnaires de réseaux de distribution; ils peuvent être consultés en ligne sur le site www.strom.ch/fr > Dossiers > Marché de l'électricité, Contrats types, Recommandation de la branche pour l'ouverture du marché en Suisse, MVBM - CH, édition 2007,).

Si un document de la branche devient une base contractuelle, il est en principe contraignant pour les parties au contrat, à moins qu'il ne contrevienne, p. ex., à la législation sur l'approvisionnement en électricité. Il est envisageable que l'EiCom examine à titre préjudiciel l'applicabilité de documents de la branche dans un cas d'espèce.

D. Synthèse

En résumé, il faut constater que des compétences législatives ou réglementaires n'ont pas été déléguées à des organisations privées. Par conséquent, ni les documents de la branche ni les directives ne sont du droit édicté par l'Etat.

Les dispositions des documents de la branche considérées comme des directives au sens de l'art. 27, al. 4 de l'OApEI sont des normes d'autorégulation. Dans un cas particulier concret, l'EiCom reprendra la solution proposée dans les directives de la branche, à moins que cette solution ne soit inappropriée.

En principe, les autres documents de la branche ne sont contraignants que pour les cocontractants ayant déclaré que les documents de branche font partie intégrante du contrat (dans la mesure où ils ne contreviennent pas à la législation sur l'approvisionnement en électricité). Au demeurant, il s'agit de recommandations de la branche.