

Mathieu Simona

Réadhésion au système de l'obligation de reprise du GRD (art. 15 LEne)

L'obligation de reprise du gestionnaire de réseau (GRD) contraint ce dernier à reprendre et rémunérer, dans sa zone de desserte, l'électricité d'origine renouvelable provenant de certaines installations. Le choix du mode de commercialisation de l'électricité appartient à l'exploitant. Dans certains cas, l'exploitant pourra avoir intérêt à commercialiser lui-même sa production sur le marché. Ce choix n'est pas définitif. Une réadhésion au système de l'obligation de reprise du GRD est toujours possible. La loi ne fixe pas de préavis particuliers qui devraient être observés pour exercer un tel droit de retour.

Catégories d'articles : Articles scientifiques

Domaines juridiques : Droit de l'énergie et de l'environnement

Proposition de citation : Mathieu Simona, Réadhésion au système de l'obligation de reprise du GRD (art. 15 LEne), in : Jusletter 28 novembre 2022

Table des matières

1. Introduction
2. Rappel du cadre légal
3. Les travaux législatifs ayant conduit à l'adoption de l'art. 15 LEne
 - 3.1. La situation avant l'ouverture partielle du marché de l'électricité
 - 3.1.1. Point de départ : l'art. 7 de l'arrêté fédéral sur l'utilisation rationnelle et économique de l'énergie du 14 décembre 1990
 - 3.1.2. L'art. 7 de la Loi fédérale sur l'énergie du 26 juin 1998 (période 1999–2008)
 - 3.2. L'ouverture partielle du marché de l'électricité
 - 3.2.1. L'art. 7a de la Loi fédérale sur l'énergie du 26 juin 1998 (période 2008–2017)
 - 3.3. L'adoption de l'art. 15 de la Loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016
 - 3.3.1. Le message du Conseil fédéral
 - 3.3.2. Les travaux et communiqués de presse de la CEATE-N et de la CEATE-E
 - 3.3.3. Les délibérations de l'Assemblée fédérale
4. Les points acquis
 - 4.1. Une réadhésion à l'art. 15 LEne après une commercialisation directe est possible
 - 4.2. Nature de la relation avec le GRD : un contrat de droit administratif
5. Notre analyse
 - 5.1. Pas de délai fixé par l'art. 15 LEne et par l'art. 11 OEne
 - 5.2. Cas proches dans lesquels la loi fixe des délais
 - 5.2.1. Art. 11 al. 3 OEne (Ordonnance du l'énergie sur 1er novembre 2017, texte en vigueur aujourd'hui)
 - 5.2.2. Art. 6 OEne 1998, dans sa teneur entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009
 - 5.2.3. Art. 6 OEne 1998, dans sa teneur entrée en vigueur le 1er octobre 2011
 - 5.2.4. Art. 14 al. 3 OEneR (commercialisation directe) et art. 11 OEneR (exigences générales)
 - 5.3. Pas de lacune : le législateur n'a entendu fixer ici aucun délai
 - 5.4. Les seules réserves
 - 5.4.1. Exigences techniques et administratives
 - 5.4.2. L'abus de droit
 - 5.5. Conséquences sur le montant de la rétribution ?
6. Conclusion

1. Introduction

[1] La loi entend promouvoir le développement des énergies renouvelables en assurant aux producteurs d'électricité un acheteur garanti (le gestionnaire de réseau local (GRD)) et un prix de revente raisonnable, fixé à l'avance d'année en année. Il s'agit du système de l'obligation de reprise du GRD, instauré par l'art. 15 de la Loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016 (LEne). Ce filet de sécurité est important et contribue activement au déploiement de nouvelles installations, en particulier dans le domaine photovoltaïque. Cette garantie a été conçue pour profiter aux plus petits producteurs, qui n'ont qu'une force de négociation limitée sur le marché.

[2] Les prix de l'électricité sont restés très bas ces dernières années, si bien que la tentation d'une commercialisation directe était dans la règle absente. La récente envolée des prix a cependant changé la donne, et nombreux sont les producteurs à avoir touché de leur GRD en 2022 un prix inférieur à celui qu'ils auraient pu obtenir sur le marché. De nouveaux horizons se sont ouverts, et nombreux sont ces mêmes exploitants qui se posent aujourd'hui la question d'un basculement de la vente de leur production sur le marché libre, tout en souhaitant s'assurer pouvoir retourner au système de l'obligation de reprise du GRD.

[3] La présente contribution a pour objectif de clarifier les possibilités de réadhésion au système de l'obligation de reprise du GRD après l'avoir quitté, ainsi que les éventuels délais à observer.

2. Rappel du cadre légal

[4] Nous commencerons par rappeler le type d'installations visées par l'art. 15 LEnE. Tous les producteurs d'électricité d'origine renouvelable ne sont en effet pas concernés, une grande partie d'entre eux ayant l'obligation de commercialiser eux-mêmes leur production. Ces derniers ne sont pas concernés par la présente contribution.

[5] Pour une présentation détaillée du système de l'obligation de reprise du GRD, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à la publication de HÜSEYİN ÇELİK sur le sujet.¹

[6] En résumé et schématiquement, l'art. 15 LEnE vise (conditions cumulatives) :

- l'électricité provenant d'énergies renouvelables et d'installations à couplage chaleur-force alimentées totalement ou partiellement aux énergies fossiles (art. 15 al. 1^{er} lit. a LEnE) ;
- les installations d'une puissance électrique maximale de 3 MW ou la production annuelle n'excédant pas 5000 MWh, déduction faite, le cas échéant, de la consommation propre (art. 15 al. 2 LEnE) ;
- les installations qui ne participent pas au Système de la Rétribution de l'Injection (SRI) instaurés par les art. 19 ss LEnE (art. 15 al. 4 in fine LEnE). Sont donc visées les installations ayant pu percevoir la rétribution unique prévue par l'art. 25 LEnE ou de la contribution d'investissement prévue par l'art. 26 LEnE, soit un pourcentage des coûts d'investissement. Ces installations ne perçoivent pas d'autre aide ou subside lors de la commercialisation directe de l'électricité, ou au-travers du gestionnaire de réseau ; la rétribution sera néanmoins fixée selon les guidelines de l'art. 15 al. 3 LEnE dans ce second cas, si l'exploitant et le gestionnaire de réseau ne parviennent pas à se mettre d'accord.

[7] Dans tous les autres cas, et sous réserve de rares exemptions, les exploitants sont tenus de vendre eux-mêmes directement leur électricité sur le marché, et la SRI entrera en jeu.

[8] Nous ouvrons ici une parenthèse concernant la terminologie employée ci-après. Il sera souvent fait référence à la notion de *commercialisation directe*. Cette expression correspond au mécanisme de marché prévu par l'art. 21 LEnE (dont la note marginale est précisément « commercialisation directe »), c'est-à-dire le cas où « les exploitants vendent eux-mêmes l'électricité sur le marché ». Pour autant, il est important de garder à l'esprit que cette base légale, et ses dispositions d'exécution, ne trouvent pas application ici. L'art. 21 LEnE vise en effet uniquement les producteurs qui participent au SRI et qui ont donc renoncé à pouvoir bénéficier de l'obligation de reprise du GRD (art. 15 al. 4 in fine LEnE). Il n'en demeure pas moins que certains producteurs éligibles au système de l'obligation de reprise du GRD (art. 15 LEnE) pourront faire acte de commercialisation directe eux-mêmes, sans que l'art. 21 LEnE ne leur soit applicable. Cette expression est indifféremment utilisée ci-après pour décrire les deux catégories d'exploitants. Elle ne doit ainsi pas nécessairement être comprise comme une référence à l'art. 21 LEnE.

¹ HÜSEYİN ÇELİK, Die Einspeisung netzgebundener Energie gemäss Art. 15 EnG, in AJP 2020 p. 907.

3. Les travaux législatifs ayant conduit à l'adoption de l'art. 15 LEne

3.1. La situation avant l'ouverture partielle du marché de l'électricité

3.1.1. Point de départ : l'art. 7 de l'arrêté fédéral sur l'utilisation rationnelle et économe de l'énergie du 14 décembre 1990

[9] L'art. 15 de la loi sur l'énergie du 30 septembre 2016 (LEne) exprime et renforce un principe connu depuis le début des années 1990.

[10] Il faut remonter à l'arrêté fédéral sur l'utilisation rationnelle et économe de l'énergie du 14 décembre 1990 pour retrouver trace, à son article 7, d'une obligation d'accepter l'injection de courant et de dédommager celui qui était qualifié d'autoprodacteur, selon la terminologie de l'époque².

[11] Le contexte était toutefois trop différent pour que les travaux préparatoires et la jurisprudence rendues en application de cette norme soient d'une quelconque aide pour l'interprétation de l'art. 15 LEne actuel.

3.1.2. L'art. 7 de la Loi fédérale sur l'énergie du 26 juin 1998 (période 1999–2008)

[12] L'obligation de reprise a été reproduite dans la première loi fédérale sur l'énergie, adoptée le 26 juin 1998 et qui demeurera en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017 (la LEne 1998). La matière faisait l'objet de l'art. 7 LEne 1998 et le texte conservera son contenu initial jusqu'au 31 décembre 2008³.

[13] Son champ d'application était toutefois à la fois plus restreint et plus large que la situation connue aujourd'hui.

[14] Plus large, en ce sens que cette obligation n'était pas limitée à l'énergie d'origine renouvelable. L'énergie d'origine fossile était également concernée.

[15] Plus restreint, en ce sens que compte tenu de la situation prévalant alors sur le marché de l'électricité (aucune ouverture), n'étaient visés que les producteurs d'énergies de réseau qui n'assuraient pas l'approvisionnement du public ainsi que les propriétaires de petits aménagements produisant, sans être nantis d'un mandat de la collectivité, de l'énergie pour des tiers en sus de celle dont ils avaient besoin eux-mêmes⁴.

[16] La question du passage de la vente de la production à un tiers à la vente à l'entreprise publique locale ne se posait donc tout simplement pas.

[17] Il n'est donc guère utile ici non plus à chercher à tirer des parallèles avec le droit actuel.

² Message du 21 décembre 1988 concernant un arrêté fédéral pour l'utilisation économe et rationnelle de l'énergie, FF 1988 485.

³ Texte en vigueur entre 1998 et 2008 (art. 7 al. 3 LEne 1998) : « Les entreprises chargées de l'approvisionnement énergétique de la collectivité sont tenues de reprendre les surplus d'énergie produits à partir d'énergies renouvelables, même si la production n'est pas régulière. ».

⁴ Message du 21 août 1996 concernant la loi sur l'énergie (LEn), FF 1996 1012, p. 1101ss.

3.2. L'ouverture partielle du marché de l'électricité

3.2.1. L'art. 7a de la Loi fédérale sur l'énergie du 26 juin 1998 (période 2008–2017)

[18] La libéralisation du marché de l'électricité occupe la scène politique suisse depuis la fin des années 1990. Elle a d'abord été refusée par le peuple le 22 septembre 2002. Il sera ensuite question d'ouvrir le marché progressivement, différentes formes étant envisagées⁵.

[19] L'accès au réseau a finalement été introduit par la Loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (LApEl⁶) du 23 mars 2007.

[20] Du point de vue des consommateurs éligibles (consommation annuelle inférieure à 100 MWh par site), l'accès au réseau signifie la faculté de choisir son fournisseur en électricité.

[21] Du point de vue du producteur, l'accès au réseau signifie la faculté d'injecter du courant sur le réseau⁷. Ou plus précisément pour le sujet qui nous occupe, la faculté d'utiliser le réseau du GRD local pour y faire transiter sa production en vue de la revente à un tiers.

[22] L'ouverture partielle du marché de l'électricité a donc impacté directement l'obligation de reprise et de rétribution du GRD, qui ne se retrouvait plus seul candidat à la reprise du courant produit par les producteurs de sa zone de desserte. Il a donc fallu réviser l'art. 7 LEne-1998 en marge de l'adoption de la LApEl.

[23] Un nouvel art. 7a LEne-1998⁸ a été adopté avec effet au 1^{er} janvier 2009, date qui correspond à l'entrée en vigueur de l'art. 13 al. 1 et 2 LApEl⁹. Cette nouvelle disposition prévoit une obligation de reprise qui n'est plus limitée au surplus de production dans les cas où l'électricité injectée est d'origine renouvelable.

[24] Bien que cela ne ressorte pas expressément de la loi, cette base légale est bien la première à pouvoir être appliquée dans un contexte où l'acheteur de l'électricité n'est pas forcément le GRD local. Les travaux préparatoires de cette révision de la LApEl et, accessoirement, de la LEne auraient donc pu aborder la thématique de l'abandon et la réadhésion au système de la garantie de reprise du GRD. A notre connaissance, cette question n'a cependant pas été abordée¹⁰. Les enjeux étaient différents.

[25] L'examen de l'historique législatif ayant précédé l'adoption de la Loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016 n'apporte donc aucun élément tangible aidant à l'interprétation de l'art. 15 LEne actuel et des questions entourant une réadhésion au système de l'obligation de reprise du GRD.

⁵ Le projet initial d'ouverture partielle du marché de l'électricité prévoyait un droit d'accès au réseau, comme dans le droit actuel, pour les gros consommateurs seulement (> 100 MWh par an). Le message du Conseil fédéral rédigé après la procédure de consultation prévoira une ouverture initiale plus large, seuls les ménages en étant exclus et pour une période test de 5 ans.

⁶ Loi sur l'approvisionnement en électricité, RS 734.7.

⁷ ETIENNE POLTIER, Droit suisse de l'énergie, 2020, n° 653 ; Message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité, FF 2005 1493, p. 1535.

⁸ Art. 7a LEne (état au 1er mai 2008) : Les gestionnaires de réseau sont tenus de reprendre sous une forme adaptée au réseau et de rétribuer toute l'électricité produite dans des installations nouvelles situées dans leur zone de desserte, adaptées au site concerné et utilisant l'énergie solaire, l'énergie géothermique, l'énergie éolienne, l'énergie hydraulique jusqu'à une puissance de 10 MW, ainsi que la biomasse et les déchets provenant de la biomasse.

⁹ Pour mémoire, l'essentiel des dispositions de la LApEl sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008. L'entrée en vigueur de l'art. 13 al. 1 et 2 LApEl a toutefois été différée au 1^{er} janvier 2009.

¹⁰ Notamment message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité, FF 2005 1493.

3.3. L'adoption de l'art. 15 de la Loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016

3.3.1. Le message du Conseil fédéral

[26] L'obligation de reprise et de rétribution était initialement inscrite à l'art. 17 du projet de nouvelle Loi sur l'énergie proposé par le Conseil fédéral dans son message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050¹¹.

[27] Dans son commentaire article par article du projet de loi, le Conseil fédéral rappelle l'objectif poursuivi par cette disposition : il s'agit d'améliorer le cadre réglementaire prévalant à la production à partir d'énergies renouvelables, en assurant dans tous les cas aux producteurs concernés un acquéreur qui leur paie un prix approprié pour toute énergie qu'ils souhaitent vendre¹².

[28] Elle continue toutefois à viser des « petits » producteurs, dans la mesure où elle ne concerne que les installations d'une puissance inférieure à 3MW ou à une production annuelle (hors consommation propre) de 5000 MWh. Il est donc toujours question de protéger la partie faible, qui ne bénéficie que d'un pouvoir de négociation limité.

[29] Le message du Conseil fédéral ne contient aucun passage qui traiterai de la réadhésion au système de l'obligation de reprise du GRD (art. 15 LEne). Cette question n'est simplement pas abordée.

3.3.2. Les travaux et communiqués de presse de la CEATE-N et de la CEATE-E

[30] Ce sont les Commissions de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie des deux conseils (CEATE-N et CEATE-E) qui ont préparé et accompagné les délibérations de chambres durant le processus d'adoption de la LEne. A ce titre, les commissions se sont régulièrement réunies pour débattre et, le cas échéant, remodeler le texte des différents articles soumis aux chambres. Les commissions ont été amenées à se prononcer sur le projet d'art. 17 LEne (devenu 15 LEne). D'après les documents à disposition du public, en particulier les communiqués de presse, ni la CEATE-N¹³ ni la CEATE-E¹⁴ ne se sont penchées sur la question de la réadhésion au système de l'obligation de reprise du GRD, et a fortiori sur les délais à observer.

3.3.3. Les délibérations de l'Assemblée fédérale

[31] L'art. 15 LEne peut se targuer de constituer l'une des dispositions du projet de loi qui a fait l'objet du plus de discussions et modifications par le Conseil national et le Conseil des Etats durant le processus d'adoption de la loi, entre le 1^{er} décembre 2014 et le 30 septembre 2016 (pas moins de 6 versions différentes de ce texte).

[32] Les parlementaires ne se sont cependant pas penchés sur les questions qui nous occupent ici. Les divergences politiques à régler étaient d'un bien autre niveau.

¹¹ Message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 (Révision du droit de l'énergie) et à l'initiative populaire fédérale « Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire (Initiative « Sortir du nucléaire ») ».

¹² Message du 4 septembre 2013, p. 6883.

¹³ CEATE-N, communiqués de presse des 2 avril 2014, 25 août 2014 et 6 octobre 2015.

¹⁴ CEATE-E, communiqués de presse des 2 avril 2015 et 20 août 2015.

[33] Les préoccupations du législateur portaient plutôt sur le cercle des installations de production éligible à l'obligation de reprise (biogaz, hydraulique ?¹⁵), la puissance électrique maximale (3 MW, 10 MW ?¹⁶), les critères de fixation de la rétribution (à aligner sur le prix du marché à terme ? Sur le prix moyen suisse facturé au client final ? À fixer selon les coûts que le gestionnaire de réseau aurait eus par rapport à l'acquisition d'une énergie équivalente¹⁷ ?), une possible exclusion en fonction des aides accordées à l'installation (rétribution unique, rétribution de l'injection¹⁸) ou encore la possibilité pour les cantons de fixer, dans leurs zones de desserte, des dispositions plus contraignantes¹⁹.

[34] De la possibilité de réadhérer au système de l'obligation de reprise du GRD après avoir commercialisé directement l'électricité sur le marché, pas un mot.

[35] A fortiori, d'éventuels délais à observer pour passer de la commercialisation directe à l'achat contraint par le GRD, et vice versa, pas un mot non plus. Ces transitions n'ont pas non plus été examinées et règlementées dans ses dispositions d'exécution de la loi (l'OEne n'abordant pas ce point) ou encore abordées par le DETEC dans ses commentaires de novembre 2017 concernant la révision totale de l'ordonnance sur l'énergie²⁰.

[36] En définitive, rien dans les travaux législatifs ne viendrait alimenter la thèse que le producteur serait limité dans son droit de réadhérer au système de l'obligation de reprise du GRD (art. 15 LEne), ou qu'il devrait observer des modalités (notamment un préavis) particulières pour ce faire. A vrai dire, rien ne vient non plus renforcer la thèse inverse. Mais le silence du législateur est moins surprenant de ce point de vue là : ce qui n'est pas interdit étant permis²¹.

4. Les points acquis

4.1. Une réadhésion à l'art. 15 LEne après une commercialisation directe est possible

[37] Pour le producteur, le droit d'accès au réseau ne connaît pas de principe équivalent à la maxime « libre un jour, libre toujours », dont il est actuellement beaucoup question pour les consommateurs.

[38] Un producteur peut ainsi se prévaloir du droit d'accès au réseau pour vendre sa production à un tiers, puis faire ensuite valoir l'obligation de reprise et de rétribution du GRD. Et vice versa, et indéfiniment de fois. Sur le principe en tout cas²².

¹⁵ BOCN 2014 2073.

¹⁶ Voir par exemple l'intervention du 12 septembre 2016 de la conseillère nationale ADÈLE THORENS GOUMAZ, BOCN 2016 1234.

¹⁷ Voir par exemple les interventions du 22 septembre 2015 des conseillers aux Etats IVO BISCHOFBERGER, DIDIER BARBERAT, ROLAND EBERLE et WERNER LUGINBÜHL, BOCE 2015 946 ss.

¹⁸ BOCN 2014 2073, BOCN 2016 74.

¹⁹ BOCN 2016 74.

²⁰ Commentaires du DETEC de novembre 2017 concernant les Dispositions d'exécution de la nouvelle loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie, Révision totale de l'ordonnance sur l'énergie, p. 6.

²¹ Pour des développements sur ce concept, voir par exemple PAPAUX ALAIN/CERUTTI DAVIDE, Introduction au droit et à la culture juridique, p. 214.

²² Cf. section 5.4.2 ci-après concernant l'abus de droit.

[39] Le droit de basculer entre l'un et l'autre mécanisme est possible pour la simple et bonne raison que la loi ne l'interdit pas. Et qu'il ne s'agit pas d'une lacune.

[40] La question est trop importante pour qu'il puisse être imaginé qu'elle ait échappé à tous les intervenants ayant participé au processus législatif ayant conduit à l'adoption de la nouvelle loi sur l'énergie du 30 septembre 2016. Ils sont très nombreux et ont été très actifs : entreprises électriques suisses consultées durant la procédure de consultation, cantons, partis politiques, membres des commissions CEATE-N et CEATE-E, conseillers nationaux, conseillers aux Etats, DETEC, etc. Rappelons également que l'adoption de la loi sur l'énergie ne s'est pas faite sans difficultés, que cette loi représentait un véritable enjeu politique, et qu'elle a même été combattue par référendum.

[41] En outre, le législateur a montré sur deux sujets très proches qu'il entendait interdire expressément un retour en arrière, quand telle était sa volonté :

- Le principe « libre un jour, libre toujours » (art. 11 al 2 in fine OApEl)

Nous l'avons évoqué ci-dessus, le principe « libre un jour, libre toujours » s'applique au consommateur qui a fait valoir son droit d'accès au réseau. Le grand consommateur qui a opté pour le marché libre ne peut plus revenir à l'approvisionnement de base. L'exclusion d'un tel droit de retour découle du texte de la loi, le législateur délégué l'ayant clairement indiqué à l'art. 11 al. 2 in fine OApEl²³.

- Pas de retour au système de l'injection au prix du marché suite à une commercialisation directe (art. 14 al. 3 OEnR)

Examinons ensuite l'art. 14 al. 3 OEnR. Nous entrons ici dans la famille des dispositions d'exécution du Système de Rétribution de l'Injection (SRI) de l'art. 19 LEn. C'est-à-dire des cas dans lesquels les producteurs ne touchent pas de rétribution unique (art. 25 LEn) à titre de financement partiel de l'installation de production. Dans la règle, l'aide financière prend la forme d'une prime d'injection en complément du revenu que l'exploitant obtient sur le marché (art. 21 al. 3 LEn).

Même si cette base légale vise une situation distincte de celle qui nous occupe, le recours à la SRI rendant de fait caduque l'obligation de reprise du GRD (art. 15 al. 4 LEn), elle demeure intéressante.

En substance, l'art. 14 al. 3 OEnR exclut expressément un retour au système de l'injection au prix du marché de référence pour les exploitants qui, bien qu'exemptés, ont fait le choix de la commercialisation directe. Cette interdiction ne touche qu'une part marginale des producteurs au bénéfice de la SRI.

Aucune forme d'interprétation de l'OEnR (littérale, systématique, historique ou téléologique) ne saurait bien évidemment conduire à l'exclusion d'une réadhésion au système de l'obligation de reprise du GRD. Les commentaires du DETEC accompagnant l'adoption de cette disposition²⁴ montrent bien que ce choix définitif ne s'applique que pour les exploitants au bénéfice de la SRI, et pas ceux visés par la présente contribution.

²³ « Pour le gestionnaire du réseau de distribution, l'obligation de fourniture au sens de l'art. 6 LApEl devient alors définitivement caduque » (art. 11 al. 2 in fine OApEl).

²⁴ Commentaires du DETEC de novembre 2017 concernant les Dispositions d'exécution de la nouvelle loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie, Ordonnance sur l'encouragement de la production d'électricité issue d'énergies renouvelables (OEnR), p. 2 (section 2.1.2) et p. 10 (commentaire ad art. 14).

Cet exemple illustre par contre bien la technique législative qui doit prévaloir : si elle est souhaitée, une interdiction de retour en arrière doit être expressément exprimée lorsqu'un choix est réservé à l'administré.

[42] Les deux exemples ci-dessus concernent des ordonnances d'exécution de la loi, adoptées par le Conseil fédéral. On notera toutefois, de lege ferenda, qu'il serait ici douteux que le Conseil fédéral ait la compétence législative d'interdire un retour au système de l'obligation de reprise du GRD pour les exploitants qui auraient commercialisé eux-mêmes leur production.

[43] En conclusion, on retiendra qu'il est possible, sur le principe en tout cas, pour un exploitant (hors SRI) de basculer autant de fois qu'il le souhaite entre le GRD (via son obligation de reprise) et le marché pour tout ou partie de l'électricité produite.

[44] Cette question a d'ailleurs été récemment posée à la Commission fédérale de l'électricité ElCom. Bien qu'elle ne lie pas l'Elcom, la réponse rédigée par son Secrétariat technique va dans le même sens :

« Aucune disposition légale ne prévoit que l'obligation de reprise et de rétribution soit supprimée lorsqu'un producteur a vendu son électricité à un tiers pour une durée déterminée. Le sens et le but de la disposition, selon laquelle le producteur en question doit dans tous les cas avoir un acheteur qui lui paie un prix approprié afin d'améliorer les conditions-cadres pour la production à partir d'énergies renouvelables, plaident également contre une suppression de l'obligation de reprise et de rétribution. Par conséquent, un gestionnaire de réseau doit, si les conditions sont remplies, reprendre et rétribuer l'électricité qui lui est offerte²⁵. »

[45] Rappelons ici que tout éventuel litige entre l'exploitant et le GRD concernant l'obligation de reprise prévue par l'art. 15 LEnE serait tranché par l'ElCom (art. 62 al. 3 LEnE).

4.2. Nature de la relation avec le GRD : un contrat de droit administratif

[46] Autre point qui ne souffre pas de discussion, la nature de la relation entre l'exploitant et le GRD : celle-ci s'inscrit dans le cadre du droit administratif et l'éventuel contrat conclu entre l'exploitant et le GRD sous l'empire de l'art. 15 LEnE doit être qualifié de contrat de droit administratif.

[47] Le Tribunal fédéral a développé une méthode afin de déterminer si une relation juridique relève du droit privé ou du droit public, en proposant quatre critères de rattachement : (i) le critère des intérêts, (ii) le critère fonctionnel, (iii) le critère de subordination et (iv) le critère modal²⁶.

[48] Nous renvoyons le lecteur à la contribution de ÇELİK, qui démontre de manière convaincante que l'application de ces critères au cas d'espèce conduit à qualifier le contrat avec le GRD de

²⁵ ElCom, Communication du 7 décembre 2021 / Mises à jour du 15 mars, 24 mai, 9 août et 20 septembre 2022, Hausse des prix de l'électricité : questions et réponses sur l'adaptation des tarifs de l'énergie électrique en cours d'année, sur l'approvisionnement de remplacement et sur la rétribution de reprise de l'électricité, Question 16, p. 7.

²⁶ ATF 138 II 134; voir également arrêt du Tribunal fédéral du 17 avril 2015, 4A_582/2014.

contrat de droit administratif²⁷ (voire à une décision administrative, si les parties ne parviennent pas à s'entendre).

[49] Le droit public s'applique également – a fortiori – aux questions qui précèdent ou succèdent à la conclusion du contrat, soit en particulier aux délais que l'exploitant doit observer et à la manière avec laquelle il doit exercer ses droits (cf. section 5.4.2 ci-dessous concernant l'abus de droit).

[50] La distinction entre droit privé et droit public s'avérera parfois délicate en pratique. Il arrive en effet que des GRD acquièrent l'électricité non pas en vertu de leur obligation de reprise (art. 15 LEne) mais en qualité d'acheteur lambda (commercialisation directe). Même si les parties sont les mêmes, la relation juridique sera dans un tel cas d'une nature tout à fait différente. Elle relèvera du droit privé, à l'instar des contrats de fourniture d'électricité qui pourraient être conclus avec des tiers ou des consommateurs finaux directement. Ces contrats relèvent du droit privé. Comme le rappelle POLTIER, ces contrats de fourniture relèvent des seuls mécanismes de l'offre et de la demande et ne sont soumis à aucune régulation²⁸. La liberté contractuelle prévaut (art. 19 CO), le juge civil est compétent et les réserves exprimées par la présente contribution (section 5.4.2 ci-après) ne s'appliquent pas.

[51] La difficulté consistera par contre à déterminer si le GRD est intervenu contraint par l'art. 15 LEne ou s'il a revêtu sa casquette d'acteur « privé » du marché. Les petits producteurs ayant naturellement tendance à s'adresser à leur fournisseur d'électricité local, ils n'auront pas forcément cette distinction à l'esprit.

5. Notre analyse

5.1. Pas de délai fixé par l'art. 15 LEne et par l'art. 11 OEne

[52] Il est un point indéniable : il n'existe aucune disposition légale traitant des délais que doit observer l'exploitant qui souhaite retourner auprès du GRD après avoir commercialisé lui-même directement son électricité sur le marché.

[53] De même, il n'existe aucune disposition légale qui prévoirait des préavis de résiliation particuliers pour l'exploitant souhaitant quitter le GRD et basculer dans un système de commercialisation directe.

[54] Doit-on pour autant en conclure que le passage de l'un à l'autre système peut intervenir sans préavis ?

[55] La réponse, sur le principe, est selon nous positive : la loi n'impose aucun préavis.

²⁷ HÜSEYİN ÇELİK, Die Einspeisung netzgebundener Energie gemäss Art. 15 EnG, in AJP 2020 p. 907, p. 918 ss ; voir également ETIENNE POLTIER, Droit suisse de l'énergie, 2020, p. 280 ss, PHYLLIS SCHOLL, Rechtsnatur des Stromlieferung Vertrag, in CJNI du 28 avril 2016 et MARTIN FRÖHSE, Grundversorgung mit Storm – ein Überblick zu Rechtsverhältnissen und Zuständigkeiten, in PJA 2018 1235.

²⁸ ETIENNE POLTIER, Droit suisse de l'énergie, 2020, p. 294.

5.2. Cas proches dans lesquels la loi fixe des délais

[56] Pour s'en convaincre, commençons par un détour. Le cadre légal connaît – ou a connu – plusieurs situations présentant des similitudes avec le présent cas, pour lesquelles le législateur a jugé nécessaire de prévoir des préavis particuliers.

5.2.1. Art. 11 al. 3 OEn (Ordonnance du l'énergie sur 1er novembre 2017, texte en vigueur aujourd'hui)

[57] Les articles 10 à 13 OEn forment les dispositions d'exécution de l'obligation de reprise et de rétribution pour les énergies visées à l'art. 15 LEn. C'est typiquement à l'art. 10, voire à l'art. 11 de l'ordonnance que l'on se serait attendu à trouver l'inscription d'un préavis particulier pour le passage du système de la commercialisation directe à l'obligation de reprise.

[58] D'un tel délai, nous l'avons déjà dit, il n'en est rien. Un autre délai est par contre prévu à l'art. 11 al. 3 OEn s'agissant de l'électricité à reprendre et à rétribuer. Mais avant de se pencher sur ce délai, rappelons qu'il existe dans la législation actuelle deux cas typiques d'exploitants :

- Exploitant avec consommation propre : dans ce cas, l'exploitant consomme lui-même sur le site de production (ou vend à des tiers sur site) une partie de l'électricité produite. Le GRD acquiert dans ce cas la production excédentaire (art. 11 al. 1^{er} lit. a OEn).
- Exploitant sans consommation propre : le producteur vend ici au GRD sa production nette, c'est-à-dire toute l'électricité produite (art. 11 al. 1^{er} lit. a OEn).

[59] Les exploitants peuvent changer de modèle sans restriction. En revanche, le passage de l'un à l'autre n'est possible que si le producteur en informe le GRD avec un préavis minimal de 3 mois (art. 11 al. 3 OEn).

[60] Cette disposition vise une situation différente, conscrite à l'obligation de reprise et de rétribution du GRD. Elle n'a pas vocation, à teneur de texte, à s'appliquer au délai de retour au système instauré par l'art. 15 LEn après une commercialisation directe.

[61] Cela étant, il serait pour le moins curieux et peut-être contraire à l'esprit de la loi qu'un délai plus long doive être observé pour une situation a priori plus limitée dans ses effets que la question de principe du retour auprès du GRD. Selon la maxime *a minore ad majus*, il pourrait être soutenu qu'un tel délai minimal de 3 mois soit applicable par analogie à la situation qui nous occupe ici, en tout cas dans les situations dans lesquelles l'exploitant ne mériterait pas d'être protégé.

[62] Rappelons toutefois que l'art. 15 LEn a pour vocation d'assurer aux exploitants un revenu raisonnable, et que dans certains cas le retour immédiat au GRD pourrait n'être que la seule solution. Le besoin de protection de l'exploitant qui souhaite passer de la production excédentaire à la production nette (ou inversement) est sans doute moins important, ne serait-ce que parce qu'il est plus facile de planifier un tel changement de besoin que l'évolution du marché.

[63] Nous doutons donc que ce délai de 3 mois puisse être applicable ici par analogie.

[64] En outre, le fait que l'ordonnance se soit penchée sur ces questions de passage d'un système à l'autre, et de délais à respecter, sans prévoir de délai particulier pour le retour auprès du GRD tend à confirmer qu'il s'agit bien d'un silence qualifié.

5.2.2. Art. 6 OEne 1998, dans sa teneur entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009

[65] L'ordonnance sur l'énergie (OEne) a fait l'objet d'une révision complète en marge de l'adoption de la loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016. Les deux sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2018. Jusque-là, c'est l'ordonnance sur l'énergie du 7 décembre 1998 qui s'appliquait (OEne 1998). L'OEne 1998 a fait l'objet de nombreuses révisions, parmi lesquelles la révision majeure entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, liée à l'ouverture partielle du marché de l'électricité (ci-après « OEne 1998/2009 »).

[66] L'art. 6 OEne 1998/2009 traite du passage au modèle visé à l'art. 7a de la loi sur l'énergie du 26 juin 1998 (a-LEne), introduit à cette date également, et à l'abandon de ce modèle. Modèle qui concerne les conditions de raccordement pour les nouvelles installations de production d'électricité provenant d'énergies renouvelables, et défini comme le modèle de « rétribution du courant injecté » (art. 6 al. 1^{er} OEne 1998/2009).

[67] Plusieurs délais sont prévus :

- Les producteurs qui entendent adopter le modèle de rétribution du courant injecté doivent s'annoncer au plus tard trois mois avant la fin de l'année civile auprès de Swissgrid SA. Celle-ci leur notifie sa décision au moins deux mois avant la fin de l'année civile (art. 6 al. 2 OEne 1998/2009).
- Les producteurs visés à l'art. 7a de la loi peuvent abandonner le modèle de rétribution du courant injecté au terme de l'année civile en respectant un délai de résiliation d'un mois (art. 6 al. 3 OEne 1998/2009).
- Les producteurs communiquent le changement au moins un mois avant la fin de l'année civile aux groupes-bilan concernés (art. 6 al. 4 OEne 1998/2009).

[68] Cette réglementation vise des cas de transition proches de ceux qui nous occupent ici. Comme pour le cas discuté à la section 5.2.1 ci-dessus, elle exprime une certaine logique : observer un délai de 3 mois pour passer d'un système à l'autre semble raisonnable et tient équitablement compte des intérêts en présence. Mais pas au point que l'on puisse y voir un argument supplémentaire appuyant l'application analogique de l'art. 11 al. 3 OEne, dont il a été question ci-dessus. Les situations visées ici ne concernent que le thème de la rémunération, et pas le principe plus large de la reprise par le GRD.

5.2.3. Art. 6 OEne 1998, dans sa teneur entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2011

[69] L'art. 6 OEne 1998/2009 a été modifié avec effet au 1^{er} octobre 2011 (ci-après « OEne 1998/2011 »). Cela étant, il s'agit essentiellement d'une reformulation, les mêmes délais et les mêmes principes ayant été repris, mais dans un autre ordre.

[70] On notera toutefois un point intéressant. L'art. 6 al. 1 et 2 OEne 1998/2011 se lit comme suit :

¹ Les producteurs visés à l'art. 7a de la loi peuvent renoncer pour la fin d'une année civile au modèle de rétribution du courant injecté. Ils doivent pour ce faire respecter un délai de résiliation d'un mois.

² Ils ont la possibilité de réadhérer à ce modèle de rétribution par la suite. Le groupe-bilan pour les énergies renouvelables est tenu de reprendre et de rétribuer l'électricité, à partir du début de l'année civile.

[71] Le titre du chapitre 2b (dont l'art. 6 est le premier article) a pour sa part été retouché : il n'est plus question d'« abandon » du modèle de rétribution (OEne 1998/2009), mais de « renonciation et réadhésion ». Ce texte est demeuré inchangé jusqu'à l'abrogation de l'OEne 1998 le 31 décembre 2017.

[72] Qu'il soit clair : le fait que cette précision positive du législateur concernant ce droit de retour ne se retrouve pas dans la législation actuelle ne saurait signifier qu'elle est interdite s'agissant de l'obligation de reprise du GRD. Le cas visé par l'art. 6 OEne 1998/2011 concerne en outre une situation différente de la réadhésion au système de l'obligation de reprise du GRD (art. 15 LEne), même si certains parallèles peuvent être tirés.

5.2.4. Art. 14 al. 3 OEneR (commercialisation directe) et art. 11 OEneR (exigences générales)

[73] Citons enfin l'art. 14 al. 3 OEneR, qui prévoit que tous les exploitants peuvent en tout temps passer à la commercialisation directe moyennant un préavis d'un mois pour la fin d'un trimestre. Cette disposition concerne les petits exploitants (puissance inférieure à 100 kW) qui, bien que dans le système de la SRI, sont dispensés de commercialiser directement leur électricité. Cette exemption découle de l'art. 21 al. 2 LEne, et est motivée par le constat que le coût de commercialisation serait disproportionné par rapport à la quantité d'électricité produite²⁹. Ces exploitants peuvent injecter l'électricité directement au prix de marché de référence (art. 23 LEne).

[74] Ceci précisé, l'art. 14 al. 3 OEneR réserve aux exploitants le droit de choisir la commercialisation directe de l'électricité. Choix qui est définitif³⁰. Pour exercer ce choix, les exploitants concernés doivent donc observer un préavis d'un mois pour la fin d'un trimestre.

[75] Cette disposition ne saurait bien-sûr s'appliquer par analogie à l'art. 15 LEne, s'agissant de la réadhésion et aux délais à observer. Les cas visés sont trop éloignés. Elle méritait toutefois d'être citée pour mémoire.

[76] L'art 11 OEneR prévoit pour sa part une application analogique à la SRI de certaines prescriptions prévues par l'art. 15 LEne et ses dispositions d'exécution.³¹ Pour autant, il n'est pas question d'applications analogiques croisées entre ces deux systèmes, qui iraient au-delà (par exemple pour des délais) de l'objet bien conscrit de l'art. 11 OEneR, à savoir les conditions de raccordement et la quantité d'électricité à rétribuer.

5.3. Pas de lacune : le législateur n'a entendu fixer ici aucun délai

[77] Voici selon nous les enseignements à tirer de ce survol législatif :

- La thématique de l'abandon et de la réadhésion au système de l'obligation de reprise du GRD n'a jamais été véritablement traitée par le législateur dans le passé.

²⁹ Commentaires du DETEC de novembre 2017 concernant les Dispositions d'exécution de la nouvelle loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie, Ordonnance sur l'encouragement de la production d'électricité issue d'énergies renouvelables (OEneR), p. 2 (section 2.1.2) et p. 10 (commentaire ad art. 14).

³⁰ Cf. section 4.1 ci-dessus.

³¹ Cette disposition prévoit que les conditions de raccordement visées à l'art. 10 OEne et la disposition relative à la quantité d'électricité à rétribuer au sens de l'art. 11 OEne s'appliquent aussi par analogie aux exploitants d'installations participant au système de rétribution de l'injection.

- Dans les versions antérieures de la loi (jusqu'au 31 décembre 2017) comme dans le droit actuel, le législateur a en revanche adopté de nombreuses règles traitant des délais à observer en lien avec le modèle de rémunération de l'exploitant. Ces règles concernaient le système dit de la « rétribution du courant injecté » (*Einspeisemodell*), dont l'obligation de reprise du GRD prévue depuis le 1^{er} janvier 2018 par l'art. 15 LEne n'est qu'en partie inspirée³². Or, aucune règle concernant la réadhésion au système de l'obligation de reprise du GRD n'a été prévue.
- L'activité du législateur témoigne d'une grande précision lorsqu'il s'agit d'articuler le passage d'un système à l'autre. Ceci se confirme à nouveau avec les textes de l'OEne actuelle et de l'OEneR.

[78] Dans ces conditions, il paraît très difficile de supposer un oubli du législateur. La question n'est pas nouvelle. Les enjeux sont un peu différents, en ce sens qu'ils plaident pour une possibilité plus large de la réadhésion au système de l'obligation de reprise du GRD. Plus que jamais, il y a lieu d'encourager le développement des énergies renouvelables. Les contraintes techniques et administratives en vue d'un éventuel retour sont en outre très limitées. Il n'y a donc rien de surprenant à ce que le législateur n'ait pas jugé nécessaire d'imposer des délais particuliers en cas de réadhésion au système de l'obligation de reprise du GRD après que l'exploitant ait commercialisé directement son électricité.

[79] Nous partageons donc l'avis du Secrétariat technique de l'ElCom : il n'existe pas de délai légal qui doit être observé en cas de retour auprès du GRD³³.

5.4. Les seules réserves

5.4.1. Exigences techniques et administratives

[80] D'un point de vue technique, le basculement entre la commercialisation directe et la reprise par le GRD ne peut pas être mise en œuvre du jour au lendemain. A minima, les délais imposés par les prescriptions techniques et administratives devront être respectés.

[81] Dans sa communication mise à jour le 20 septembre 2022, le Secrétariat technique de la Commission fédérale de l'électricité ElCom a constaté que le document de la branche SDAT – CH 2022 prévoyait un délai minimal de 10 jours concernant les processus de changement. Selon lui, ce délai doit s'appliquer à l'exploitant souhaitant être réintégré au système de l'obligation de reprise³⁴. Il s'agirait d'un délai maximal.

³² L'art. 15 LEne succède avant tout à l'art 7 LEne-1998. L'art. 7a LEne-1998 ainsi que l'art. 6 OEne-1998 cité plus haut prévoient également une obligation de reprise du GRD, mais contenaient surtout des règles de rétribution qui ont évolué pour donner lieu à l'art. 19 LEne actuel (Rétribution de l'injection / *Einspeisevergütungssystem*).

³³ ElCom, Communication du 7 décembre 2021 / Mises à jour du 15 mars, 24 mai, 9 août et 20 septembre 2022, Hausse des prix de l'électricité : questions et réponses sur l'adaptation des tarifs de l'énergie électrique en cours d'année, sur l'approvisionnement de remplacement et sur la rétribution de reprise de l'électricité, Question 16, p. 7.

³⁴ Ibid.

5.4.2. L'abus de droit

[82] Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi (art. 2 CC).

[83] Cette règle tirée du droit privé constitue un principe général du droit. Il est admis de longue date qu'elle s'applique sans réserve dans les relations entre l'Etat (compris ici au sens large, GRD inclus) et les particuliers, dans les deux sens³⁵.

[84] Il y a abus de droit lorsque l'exercice d'un droit apparaît, dans un cas concret, manifestement contraire au droit ou lorsqu'une institution juridique est utilisée à l'encontre de la finalité pour laquelle elle a été créée, pour réaliser des intérêts que cette institution juridique ne veut pas protéger³⁶.

[85] Aucun exploitant ne saurait donc invoquer l'art. 15 LEn si sa démarche est constitutive d'un abus de droit. Cela vaut tant sur le principe (droit de retour auprès du GRD) que sur les modalités (délais à observer).

[86] Le Tribunal fédéral rappelle qu'il convient de se montrer restrictif dans l'admission d'un abus de droit³⁷. Il n'existe d'ailleurs guère de jurisprudence qui aborderait, et encore moins consacrerait, des cas d'abus de droit dans le domaine du droit de l'énergie, en particulier en relation avec la LEn ou la LApEl³⁸.

[87] Récemment, la Commission fédérale de l'électricité ElCom a eu l'occasion de se pencher sur la notion d'abus de droit en lien avec les RCP. Le cas est proche de celui qui nous occupe ici. La question lui a été posée de savoir si un consommateur final sur le marché libre retournerait à l'approvisionnement de base en cas de création d'un regroupement dans le cadre de la consommation propre (RCP) selon l'art. 18 LEn. Dans ses questions-réponses, le Secrétariat technique de l'ElCom a confirmé que le consommateur retournerait sur le principe à l'approvisionnement de base, tout en ajoutant ce qui suit :

« Si la participation à un RCP a pour seul but de < retourner > à l'approvisionnement de base, il convient alors d'évaluer au cas par cas si la démarche est constitutive d'un abus de droit.³⁹ »

[88] A la date d'écriture de ces lignes, il n'existe pas encore de décision publiée de GRD ou de l'ElCom sur le sujet. Les GRD font toutefois actuellement face à de très nombreuses demandes en ce sens, et les premières décisions devraient rapidement tomber. A n'en pas douter, elles seront riches d'enseignement pour le cas qui nous occupe ici.

[89] Pour en revenir à l'obligation de reprise du GRD (art. 15 LEn), il convient de rappeler certains éléments afin de mieux comprendre dans quelles circonstances, exceptionnelles, un abus de droit pourrait se concevoir :

³⁵ THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n° 565 ss ; PIERRE MOOR, Droit administratif, Vol. I, 1994, p. 427 ss ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, 2020, p. 164 ss.

³⁶ TANQUEREL, op. cit., n° 583 ; ATF 134 I 65.

³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 15 mai 2014, 5A_98/2014, consid. 4.1.

³⁸ Voir arrêt du Tribunal fédéral du 30 mars 2017. 2C_961/2016, sans grands enseignements pour le cas qui nous occupe ici.

³⁹ ElCom, Communication du 7 décembre 2021 / Mises à jour du 15 mars, 24 mai, 9 août et 20 septembre 2022, Hausse des prix de l'électricité : questions et réponses sur l'adaptation des tarifs de l'énergie électrique en cours d'année, sur l'approvisionnement de remplacement et sur la rétribution de reprise de l'électricité, Question 5, p. 3.

- L'art. 15 LEn a été adopté afin de promouvoir les énergies renouvelables, et d'encourager la concurrence et le développement d'innovations dans ce domaine⁴⁰.
- L'objectif de l'art. 15 LEn est d'assurer un revenu raisonnable aux exploitants ; cette disposition vise à instaurer une compensation minimale entre la position régulièrement plus faible d'exploitants dont la production est relativement moins importante, et les entreprises d'approvisionnement en énergie⁴¹.
- Le législateur partait du principe que le GRD ne serait pas pénalisé. Pour citer le conseiller national Roger Nordmann : « *A noter – c'est important – que l'article 17 [15 LEn] n'est pas un article d'encouragement. Les gestionnaires de réseau achètent l'électricité un petit peu moins cher qu'ils ne la revendent aux autres clients. Ils disposent ainsi d'une petite marge commerciale légitime, mais pas davantage.*⁴² »
- La rétribution est toujours fixée pour une année, le cas échéant en prévoyant plusieurs échelons tarifaires. Elle est communiquée à l'exploitant à l'avance. Cette règle a été adoptée encore une fois dans un but de protection de l'exploitant : la fixation préalable et la communication de la rétribution étant importantes pour les gestionnaires d'installations qui ne peuvent se protéger contre les fluctuations du prix du marché ou qui ne peuvent le faire seulement moyennant des coûts administratifs élevés⁴³.

[90] Dans ces conditions, un abus de droit pourrait se concevoir si un exploitant devait chercher à profiter de l'obligation de reprise du GRD pour s'assurer un revenu plancher durant certaines parties d'une année *n* tout en maximisant les profits sur le marché libre chaque fois que le prix du marché dépasse durant cette année *n* le prix publié par le GRD.

[91] Mais encore faudrait-il dans un tel cas que l'utilisation de l'art. 15 LEn ne permette pas d'atteindre d'autres buts prévus par la loi, soit notamment de garantir un rendement minimal permettant la pérennité de l'installation (but de promotion des énergies renouvelables). La possibilité de pouvoir basculer à intervalles raisonnables entre la commercialisation directe et l'obligation de reprise du GRD pourrait le cas échéant améliorer le TRI de certains projets autrement à la limite du rentable, et de permettre ainsi leur réalisation. Objectif majeur suivi par le législateur. En outre, rien ne dit que le GRD subirait nécessairement des conséquences négatives en étant contraint de reprendre au prix fort cette énergie additionnelle en cours d'année. En effet, vis-à-vis de ses clients, le GRD publie également des tarifs de consommation qui restent valables durant toute l'année civile, ce même si le marché de l'électricité devait baisser de manière drastique en cours d'année. Pour autant que l'afflux d'électricité ainsi repris reste marginal, et que le GRD soit donc en mesure de la revendre à son tour à ses clients, ce dernier continuera à réaliser la « marge commerciale légitime » prônée par le législateur. Cet élément est également important dans l'analyse du concept d'abus de droit.

[92] Comme pour les RCP, une analyse au cas par cas devra être conduite et un refus de principe du GRD ne saurait être admis. L'exigence de motivation de la décision du GRD sera d'autant plus marquée que l'abus de droit, nous l'avons vu, ne doit être admis qu'à titre exceptionnel.

⁴⁰ Message du 4 septembre 2013, FF 2013 6771, p. 6883.

⁴¹ Message du 4 septembre 2013, FF 2013 6771, p. 6883.

⁴² Intervention du 2 décembre 2014 du conseiller national Roger Nordmann, par ailleurs rapporteur de la commission CEATE-N, BOCN 2014, p. 2071.

⁴³ Message du 4 septembre 2013, FF 2013 6771, p. 6885.

[93] Un abus de droit nous paraît par contre très difficilement concevable lorsque l'exploitant s'engage auprès du GRD pour la période de 1 an pour laquelle le montant de la rétribution a été publiée (et ce même en changeant de modèle chaque année). Dans un tel cas, le retour à l'art. 15 LEne a bien un but de protection contre les fluctuations du marché, même si ce but n'est recherché que pour une partie de la vie de l'installation seulement.

5.5. Conséquences sur le montant de la rétribution ?

[94] La loi ne prévoit pas de cas de possibilité d'adapter le montant de la rétribution prévue par l'art. 15 al. 3 LEne lorsque l'exploitant rejoint par exemple le système en cours d'année, et que les prix de référence du marché de l'électricité sont tombés bien en deçà du prix publié par le GRD.

[95] Si un cas d'abus de droit devait être avéré, une conséquence possible pourrait être non pas de refuser purement et simplement la création d'une relation juridique entre l'exploitant et le GRD, mais de revoir à la baisse le montant de la rétribution. Après tout, les principes posés par l'art. 15 al. 3 LEne existent avant tout pour protéger l'exploitant. Lorsque le besoin de protection disparaît à la suite d'un abus de droit, le GRD doit selon nous pouvoir imposer un tarif de reprise plus bas, plus en adéquation avec le marché.

6. Conclusion

[96] Sur le principe, l'exploitant qui remplit les conditions de l'art. 15 LEne (notamment énergies renouvelables, puissance max de 3MW, pas de SRI) peut aller et venir à sa convenance entre le modèle de la commercialisation directe et de l'obligation de reprise par le GRD.

[97] Sous réserves des exigences techniques (délais de l'ordre de 10 jours), et naturellement des éventuels délais convenus contractuellement, l'exploitant peut changer de système en tout temps, sans préavis particulier. Une application analogique de l'art. 11 al. 3 OEne n'est pas totalement exclue, même si elle serait surprenante. L'application de cette disposition conduirait à ce que l'exploitant doive observer un préavis minimal de 3 mois avant de réadhérer au système de l'obligation de reprise du GRD. Quoi qu'il en soit, une clarification du législateur, dans un sens ou dans l'autre, serait la bienvenue.

[98] Les cas d'abus de droit sont en tous les cas réservés.