

AES – Infos et faits  
01.01.2022

# Droit des marchés publics dans le secteur de l'électricité – Q&A

*Les explications qui suivent constituent des principes et des lignes générales en matière de droit des marchés publics. L'application du droit des marchés publics et ses répercussions requièrent toujours un examen spécifique au cas concret, pour chaque acquisition.*

## **Contexte:**

Depuis l'entrée en vigueur de la révision du droit fédéral des marchés publics (LMP/OMP) le 01.01.2021 et l'adaptation continue des réglementations cantonales, en particulier l'adoption de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) de décembre 2019, le sujet fait l'objet d'une attention croissante aussi dans le secteur de l'électricité. Le 22.03.2021, la Commission de la concurrence (COMCO) a publié une recommandation concernant l'application du droit des marchés publics et de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) à l'acquisition d'électricité. Ce Q&A reprend les questions et principes pertinents pour le secteur de l'électricité et ses entreprises en Suisse qui, en tant qu'adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels, relèvent en principe du champ d'application du droit des marchés publics, dans le but d'en clarifier la portée en matière de marchés publics sur la base de situations concrètes.

<https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/themen/revision-des-beschaffungsrechts.html>

[https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/praxis/praxis\\_binnenmarktgesetz/marches-publics/comco.html](https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/praxis/praxis_binnenmarktgesetz/marches-publics/comco.html)

## **Table des matières**

1. Généralités
2. Acquisition d'électricité
3. Production d'électricité
4. Distribution d'électricité / exploitation du réseau
5. Cas particuliers en tant qu'exceptions propres au droit des marchés publics
6. Questions spécifiques concernant le droit des marchés publics dans le secteur de l'électricité
7. Conséquences juridiques et sanctions possibles
8. Cas pratiques pour les principaux types d'approvisionnement en électricité

Annexe 1: Bases légales du droit des marchés publics

## 1. Généralités:<sup>1</sup>

Le droit des marchés publics règle l'acquisition de constructions, de biens (p. ex. l'électricité) et de services par les pouvoirs publics ou les organisations (également celles de droit privé) qui agissent sur mandat des pouvoirs publics. Il vise principalement l'**utilisation économique de l'argent des contribuables**, la garantie d'une **égalité de traitement pour tous les soumissionnaires**, un accès équitable de tous les soumissionnaires aux marchés publics et des **procédures de passation des marchés** aussi **transparentes** que possible.

Le terme d'**adjudicateur opérant sur des marchés sectoriels** désigne les adjudicateurs et entreprises publics et privés responsables de certains domaines (secteurs). Les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels peuvent être définis comme des adjudicateurs publics ou des personnes morales de droit privé exerçant leurs activités dans les secteurs de l'approvisionnement en eau potable et en énergie ainsi que dans celui des transports.

Selon l'art. 4, al. 3 LMP/AIMP, les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels ne sont soumis au droit des marchés publics que si les acquisitions sont effectuées dans le domaine d'activité en question et non dans d'autres domaines d'activité.<sup>2</sup>

## 2. Acquisition d'électricité:

### Quand le droit des marchés publics s'applique-t-il à l'acquisition de l'électricité?

L'acquisition d'électricité est considérée comme un marché de fourniture et est en principe soumise au droit des marchés publics, étant précisé qu'il faut distinguer si l'électricité est achetée pour l'approvisionnement de clients finaux captifs ou de clients ayant accès au réseau. L'acquisition d'électricité pour des clients finaux disposant d'un libre accès au réseau n'est pas soumise au droit des marchés publics. Dans ce cas, le législateur estime que les fournisseurs d'électricité ont eux-mêmes tout intérêt à acheter l'électricité à de bonnes conditions, car ils doivent à leur tour pouvoir la revendre à des conditions concurrentielles. À l'inverse, cela signifie qu'à défaut de concurrence entre les fournisseurs, l'électricité destinée à alimenter les clients captifs (approvisionnement de base) doit en principe être acquise selon les règles du droit des marchés publics.

En présence d'une situation concurrentielle, le législateur exempte les marchés du respect des dispositions relatives aux marchés publics. Outre l'achat d'électricité en bourse, le futur modèle MAG devrait aussi permettre de retenir une situation de concurrence effective lorsque le client final dispose d'une liberté de choix.

Même si l'acquisition d'électricité est soumise au droit des marchés publics, elle s'opère, pour les clients finaux, selon une procédure de gré à gré si le montant est inférieur à 150 000 CHF et selon une procédure sur invitation si le montant se situe entre 150 000 CHF et 250 000 CHF,

<sup>1</sup> Bases légales voir Annexe 1

<sup>2</sup> (cf. Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergabeverfahrens, Zurich etc. 2012, ch. marg. 511)

conformément aux valeurs seuils en vigueur. L'acquisition d'électricité pour un montant supérieur à 250 000 CHF doit toutefois en principe faire l'objet d'un appel d'offres public. Si l'on se base sur un prix de gros de 10 cts par kWh, il serait donc possible d'acheter un maximum de 2,5 GWh d'électricité sans passer par un appel d'offres.

En ce qui concerne l'examen de la valeur seuil, le législateur précise explicitement qu'un marché public ne peut être subdivisé en vue de contourner les dispositions du droit des marchés publics (art. 15, al. 1 LMP/AIMP). Il est donc interdit dans notre exemple de scinder le marché de manière à ce que la quantité d'électricité à acheter soit inférieure à 2,5 GWh, en vue de contourner un appel d'offres public.

### **3. Production d'électricité:**

#### **Dans quelle mesure la production d'électricité est-elle visée par le droit des marchés publics?**

Selon la LMP/l'AIMP révisés, la production d'électricité d'entreprises publiques reste elle aussi soumise au droit des marchés publics. Par ce biais, le législateur souhaitait tenir compte du fait qu'une grande partie de l'électricité suisse est d'origine hydroélectrique et n'est possible que grâce à des concessions publiques. Les débats politiques sur la révision de la LMP ont porté sur la question de savoir s'il fallait exclure la production d'électricité du droit des marchés publics eu égard à une libéralisation totale du marché de l'électricité. Au vu du débat sur la sécurité de l'approvisionnement et du fait que les entreprises actives dans la production d'électricité sont aujourd'hui majoritairement détenues par les pouvoirs publics et le resteront probablement, la question d'une exemption du droit des marchés publics devrait être à nouveau à l'ordre du jour dans le cadre de la révision de la LApEI (éventuelle libéralisation totale).

### **4. Distribution d'électricité / exploitation du réseau:**

#### **Dans quelle mesure les gestionnaires des réseaux de transport (GRT) et de distribution (GRD) sont-ils soumis au droit des marchés publics?**

##### Swissgrid en tant que société nationale responsable du réseau de transport:

Selon la LApEI, Swissgrid, en tant que société nationale du réseau de transport, veille à ce que l'exploitation du réseau de transport (niveau de réseau 1) soit non discriminatoire, fiable et performante pour assurer un approvisionnement en électricité sûr de la Suisse (art. 20 LApEI). Conformément à son mandat légal, Swissgrid remplit une fonction qui non seulement se situe en dehors du marché, mais qui constitue également une condition essentielle pour une activité conforme à l'économie de marché dans le secteur de l'électricité. L'activité de Swissgrid est donc, par définition, une tâche publique qui est pleinement soumise au droit des marchés publics. En

tant que société nationale du réseau de transport, Swissgrid est par conséquent soumise à la Loi fédérale sur les marchés publics (LMP/OMP).

Gestionnaires de réseau de distribution (GRD) / fournisseurs d'électricité (EAE) pour l'approvisionnement de base:

En vertu de la LApEI, les gestionnaires de réseau de distribution (GRD; niveaux de réseau 3 à 7) doivent pouvoir fournir en tout temps aux consommateurs captifs et aux autres consommateurs finaux de leur zone de desserte qui ne font pas usage de leur droit d'accès au réseau la quantité d'électricité qu'ils désirent au niveau de qualité requis et à des tarifs équitables (art. 6 LApEI). Il n'y a pas de concurrence lorsque les GRD fournissent l'électricité à des consommateurs captifs (approvisionnement de base). Les clients finaux n'ont pas accès au marché (de l'électricité) et ne disposent donc pas d'alternative à l'offre de leur gestionnaire de réseau de distribution. Afin de compenser l'absence de concurrence entre les GRD, le législateur soumet l'acquisition d'électricité pour les consommateurs captifs au droit des marchés publics. Les dispositions cantonales s'appliquent, en particulier l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). De même, l'acquisition de biens et de services en rapport avec l'exploitation des réseaux électriques (niveaux 1 à 7) est soumise au droit des marchés publics.

**5. Cas particuliers en tant qu'exceptions propres au droit des marchés publics:**

• **Acquisitions Instate**

L'acquisition a lieu auprès d'autres adjudicateurs juridiquement indépendants et soumis au droit des marchés publics qui ne sont pas en concurrence avec des soumissionnaires privés pour la fourniture de ces prestations (art. 10, al. 2, let. b AIMP). Les opérations Instate sont des formes de coopération entre divers adjudicateurs de droit public, surtout dans le cadre de groupements intercantonaux (p. ex. pour l'élimination des déchets, l'entretien des routes, l'assistance informatique). En ce qui concerne l'acquisition d'électricité, les conditions des exceptions Instate ne devraient en général pas être remplies faute de neutralité concurrentielle, vu que l'entité qui propose l'électricité opère elle-même sur le marché concurrentiel, présente des participations privées ou poursuit un but lucratif à un autre titre<sup>3</sup>. La neutralité concurrentielle ne peut en particulier plus être garantie lorsque l'adjudication à une organisation étatique ou proche de l'état finance directement ou indirectement des activités commerciales et entraîne une distorsion de la concurrence au détriment de tiers.

• **Acquisitions Inhouse (à proprement parler)**

On parle d'une acquisition Inhouse, non soumise au droit des marchés publics, lorsqu'un marché en principe soumis au droit des marchés publics est exécuté à l'interne, c'est-à-dire au sein de la même personne morale ou collectivité (p. ex. entre divers offices du canton). Le texte de la loi mentionne comme seule condition à l'exception Inhouse que le fournisseur

<sup>3</sup> Voir Diebold/Ludin, Öffentliche Beschaffungen von Strom im teilliberalisierten Stromversorgungsmarkt, p. 62 ch. marg. 141.



de la prestation soit une unité organisationnelle qui dépend de l'adjudicateur (art. 10, al. 2, let. c AIMP). La doctrine, se référant au risque de fausser la concurrence (et à la jurisprudence européenne applicable), considère majoritairement qu'il faut admettre une condition tacite selon laquelle l'unité organisationnelle prestataire ne doit pas être en même temps un acteur qui propose ses services sur le marché. Il appartiendra à la jurisprudence suisse de déterminer si (et, le cas échéant, selon quels critères) l'activité d'un prestataire interne sur le marché s'oppose à une acquisition Inhouse exemptée du droit des marchés publics. Le principe appliqué dans la jurisprudence européenne est que le prestataire peut fournir un maximum de 20% de ses prestations Inhouse à des tiers (c.-à-d. sur le marché).

- **Acquisitions quasi Inhouse**

On parle d'une acquisition quasi Inhouse, non soumise au droit des marchés publics, lorsqu'un marché en principe soumis au droit des marchés publics est exécuté auprès d'un prestataire qui entretient des liens étroits avec l'adjudicateur (p. ex. filiale sans activité déterminante sur le marché). La licéité d'une acquisition quasi Inhouse est soumise à deux critères cumulatifs: celui du **contrôle** (l'adjudicateur public doit exercer une influence déterminante tant sur les décisions stratégiques du prestataire que sur ses principales décisions opérationnelles) et celui de l'**activité** (l'entreprise engagée directement doit exercer au moins 80% de son activité pour l'adjudicateur public). Ici aussi, il s'agit de déterminer si ces critères sont remplis en fonction du cas concret.

L'on peut citer à titre d'exemples d'acquisitions quasi Inhouse les cas suivants:

- **Opération quasi Inhouse classique:** l'adjudicateur public adjuge un marché directement au prestataire qu'il contrôle (constellation «mère-fille»).
- **Opération quasi Inhouse inversée (verticale):** la personne morale contrôlée adjuge un marché à l'adjudicateur qui la contrôle (constellation «fille-mère»). La «mère» et la «fille» doivent en outre être exemptes de participation privée (à leur capital).
- **Opération quasi Inhouse indirecte:** l'adjudicateur adjuge le marché non à une filiale, mais directement à la filiale de la filiale (constellation «grand-mère – petite-fille»). Ceci est licite si dans le cas concret il est établi que l'influence déterminante est assurée directement ou indirectement (le critère du contrôle doit être rempli à tous les niveaux de participation, ce qui peut être critique en présence de longues «chaînes de contrôle»).
- **Opération quasi Inhouse horizontale:** l'adjudicateur comme le prestataire sont soumis au contrôle d'une «mère» commune (constellation «sœur-sœur»). Du point de vue de l'activité, il faudrait probablement exiger ici que la sœur prestataire exerce la majorité de son activité (> 80%) au sein du groupe, c'est-à-dire que son activité sur le marché soit inférieure à 20%.

- **Opération quasi Inhouse conjointe:** l'adjudicateur public adjuge un marché à un établissement qu'il ne contrôle pas exclusivement, mais conjointement avec d'autres adjudicateurs publics (constellation «parent-fille»).

### Cas d'application généraux

- **L'adjudicateur acquiert l'électricité auprès d'une centrale qui lui appartient exclusivement et qui ne dispose pas d'une personnalité juridique propre:**

Il s'agit d'une adjudication Inhouse (à proprement parler) telle que prévue à l'art. 10, al. 2, let. c AIMP. Cette acquisition n'est en principe pas soumise au droit des marchés publics. Elle pourrait s'avérer problématique si la centrale pour sa part livre l'électricité non seulement à son propriétaire, mais aussi directement à des tiers. L'on pourrait présumer dans ce cas que le marché est influencé, ce qui est illicite au regard du droit des marchés publics.

- **L'adjudicateur acquiert l'électricité auprès d'une centrale qui appartient à une de ses filiales qu'il détient intégralement:**

Si la centrale appartient à une société de production d'énergie juridiquement indépendante qui pour sa part appartient intégralement à l'adjudicateur (filiale) et n'exerce pas une activité déterminante sur le marché (c'est-à-dire que l'électricité est livrée à la mère à raison d'au moins 80%), il devrait en principe s'agir d'un marché quasi Inhouse exempté du droit des marchés publics.

- **L'adjudicateur acquiert l'électricité auprès d'une centrale partenaire (Joint Venture):**

Il arrive souvent en pratique que plusieurs entreprises publiques se regroupent dans le cadre d'un contrat de partenariat afin d'ériger et d'exploiter conjointement une centrale électrique. Ce genre de partenariat constitue en général une entreprise juridiquement indépendante, mais économiquement dépendante des partenaires. Les partenaires assument l'ensemble des coûts et l'énergie produite par la centrale revient exclusivement aux partenaires. Puisque la centrale est exploitée en partenariat dans le but d'approvisionner exclusivement les partenaires, selon la configuration du contrat de partenariat, l'on peut admettre que la centrale exerce une activité neutre du point de vue de la concurrence, qui n'est pas soumise au droit des marchés publics.

## 6. Questions spécifiques concernant le droit des marchés publics dans le secteur de l'électricité:

### a) **Méthode de vérification des prix de l'EICom selon la LApEI et obligation d'effectuer un appel d'offres selon le droit des marchés publics**

L'art. 6 LApEI régit l'obligation de fourniture et la tarification pour les consommateurs captifs. Les tarifs de l'électricité sont fixés par les gestionnaires de réseaux de distribution selon les prescriptions de l'art. 6 LApEI et font l'objet d'une vérification par l'EICom (art. 22, al. 2, let. b LApEI). Les tarifs doivent être équitables. La COMCO constate à cet égard qu'en Suisse, la fourniture de courant aux consommateurs finaux dans le cadre de l'approvisionnement de base est facturée selon des tarifs *administrés par l'État* et basés sur les prix de revient et que la revente ne s'opère par conséquent pas dans des conditions de concurrence. Or la COMCO rappelle que le droit des marchés publics présuppose une pleine concurrence pour qu'une activité sur des marchés sectoriels puisse être exclue du champ d'application du droit des marchés publics et que conformément à l'AMP 2012, les gestionnaires de réseau de distribution sont donc tenus d'appliquer le droit des marchés publics lorsqu'ils achètent de l'électricité en vue d'approvisionner des consommateurs finaux sans droit d'accès au réseau, car ils agissent alors en tant que monopoleurs, et les activités concernées ne sont pas exposées à la pleine concurrence. Les prescriptions de la LApEI relatives à la tarification (notamment l'art. 6, al. 5 LApEI) et la vérification des tarifs ne changent rien au fait que l'on a affaire à des prix d'électricité fixés unilatéralement («par l'État»), que les consommateurs captifs ne peuvent pas influencer («négocier»).

### b) **Applicabilité de la méthode de la prépondérance**

En pratique, il n'existe pas de séparation entre clients finaux captifs (approvisionnement de base) et libres au regard de l'acquisition d'électricité. L'obligation des EAE d'acheter l'électricité destinée à la revente aux clients finaux captifs selon les règles du droit des marchés publics impose en principe forcément d'acquérir séparément l'électricité destinée aux clients captifs et celle destinée aux clients libres. Dans tous les cas, la méthode de la prépondérance ne doit pas avoir pour effet que l'obligation d'effectuer un appel d'offres pour l'acquisition d'électricité destinée à l'approvisionnement de base soit contournée avec l'argument selon lequel, le marché en question étant passé pour approvisionner majoritairement des clients finaux libres, il n'est pas nécessaire d'effectuer un appel d'offres. Si toutefois l'on peut motiver ou prouver de manière convaincante que l'acquisition conjointe d'électricité destinée aux clients finaux libres et captifs permet au final d'offrir des tarifs plus avantageux aux clients finaux captifs (par rapport à un appel d'offres public séparé pour l'électricité destinée aux clients captifs), l'application de la méthode de la prépondérance devrait être licite aussi sous l'angle du droit des marchés publics.

**c) À partir de quand les nouvelles dispositions du droit des marchés publics s'appliquent-elles?**

L'objectif est d'intégrer les adaptations fédérales de la LMP aux prescriptions cantonales en matière de marchés publics. Cela se fait dans le cadre des travaux relatifs à l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Les prescriptions légales révisées sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021 au niveau fédéral, avec l'ordonnance correspondante (LMP/OMP). Pour le secteur électrique, les nouvelles réglementations sont valables également depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021, en se fondant directement sur l'AMP (cf. AMP(2012), Appendice 1, Annexe 3, chiffre II).

La «Conférence des marchés publics CMP» (<https://www.dtap.ch/fr/cmp/a-propos-de-la-cmp>) est, en tant qu'organe spécialisé de la Conférence cantonale des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP: <https://www.dtap.ch/fr/dtap>), l'organe permanent de coordination et de liaison entre les responsables des marchés publics pour l'ensemble des cantons suisses. La Conférence coordonne la collaboration entre les membres ainsi qu'entre la Confédération et les cantons. Elle a son siège au domicile de la Direction de la Conférence des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP: <https://www.dtap.ch/fr/dtap/organisation/direction>).

Les bases légales du droit des marchés publics sont harmonisées au niveau cantonal dans l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; <https://www.dtap.ch/fr/dtap/concordats/aimp>).

Tous les cantons ont adhéré au concordat de 2001 actuellement en vigueur. Lors de la séance plénière extraordinaire de l'AiMp du 15 novembre 2019, les cantons ont adopté à l'unanimité l'adaptation à la LMP révisée. L'entrée en vigueur des nouvelles règles dans les différents cantons dépend de leur reprise dans le droit cantonal.

<https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/themen/revision-des-beschaffungsrechts.html>

**d) Les entreprises privées sont-elles également soumises au droit des marchés publics?**

Les entreprises privées (sociétés de droit privé) sont aussi soumises au droit des marchés publics dans la mesure où cela concerne l'approvisionnement de base ou l'acquisition de biens et de services en lien avec l'exploitation des réseaux électriques.

Le critère déterminant pour l'assujettissement au droit des marchés publics n'est pas la forme juridique de l'entreprise qui procède à l'acquisition (société de droit privé telle qu'une société anonyme, un établissement public indépendant, les corporations de droit public, etc.), mais la nature du marché ou encore la question de savoir si l'acquisition peut avoir lieu dans un environnement de marché à des conditions concurrentielles. Tant que l'approvisionnement de



base ne sera pas libéralisé, les achats y relatifs seront de manière générale soumis au droit des marchés publics.

## **7. Conséquences juridiques et sanctions possibles**

### **Sécurité contractuelle (surtout en cas de CLT) / possibilité d'intervenir dans les contrats existants**

Un adjudicateur assujéti au droit des marchés publics qui adjudge directement un contrat de fourniture d'électricité à un fournisseur au mépris de l'obligation d'effectuer un appel d'offres se comporte de manière illicite. Il risque une procédure de recours déposée auprès du tribunal cantonal compétent (peuvent déposer un recours les concurrents qui s'estiment lésés et la COMCO). Le tribunal peut contraindre l'adjudicateur à effectuer à l'avenir un appel d'offres public (sous menace de sanction pour insoumission à une décision de l'autorité en vertu de l'art. 292 CP). Il existe également un risque que l'adjudicateur soit contraint à la résiliation/dissolution anticipée du contrat conclu, auquel cas des prétentions en dommages-intérêts de droit civil du cocontractant sont envisageables.

### **Conséquences pénales**

Un comportement illicite d'adjudicateurs publics peut également constituer les infractions pénales d'abus d'autorité (art. 312 CP) ou de gestion déloyale des intérêts publics (art. 314 CP). Dans le cas des GRD qui ne constituent pas à proprement parler des autorités mais qui peuvent néanmoins être considérés comme des adjudicateurs publics, c'est probablement surtout la gestion déloyale visée à l'art. 158, al. 1 CP qui entre en ligne de compte. Si le comportement illicite ne peut être imputé à une personne physique particulière pour cause d'organisation insuffisante de l'entreprise, cette dernière répondrait probablement à titre subsidiaire en vertu de l'art. 102, al. 1 CP.

### **Sanctions administratives possibles**

Dans le domaine du droit des marchés publics, la COMCO dispose d'un droit de recours «pour faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché» (art. 9, al. 2<sup>bis</sup> LMI). La COMCO peut donc requérir le tribunal compétent de constater qu'un marché a été adjudgé de gré à gré à tort et qu'un appel d'offres public aurait dû être effectué. Le droit des marchés publics n'octroie pas d'autres possibilités de sanction à la COMCO.

Le plus grand risque d'une éventuelle procédure de recours pour l'adjudicateur concerné devrait résider dans la *publicité négative* associée à la procédure et le risque d'un *préjudice d'image* correspondant. Cet aspect n'est pas négligeable, surtout dans un environnement fortement influencé par la politique.

## 8. Cas pratiques pour les principaux types d'approvisionnement en électricité:

### **Situation 1: achat d'électricité pour les besoins de base auprès d'une filiale (l'EAE dispose d'une filiale pour la production d'électricité)**

L'achat d'électricité auprès d'une filiale est en principe aussi soumis au droit des marchés publics. Le droit des marchés publics ne s'applique pas en cas d'«**adjudication quasi Inhouse**» (cf. ci-dessus sous «Exceptions propres au droit des marchés publics»), lorsque la société mère exerce d'une part une influence prépondérante sur la filiale (**critère du contrôle**) et d'autre part que la filiale n'est pas un acteur du marché ou n'y exerce qu'une activité très limitée (**critère de l'activité**). Selon la jurisprudence, le critère du contrôle signifie que la société mère exerce sur sa filiale un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services (internes) (contrôle efficace, structurel et fonctionnel). Afin de remplir le critère de l'activité, la filiale ne peut réaliser plus de 20% de son activité avec des tiers. Ces principes s'appliquent également lorsque plusieurs adjudicateurs soumis au droit des marchés publics exercent collectivement le contrôle d'une filiale.

### **Situation 2: achat d'électricité pour les besoins de base en cas de participation (l'EAE détient p. ex. une participation de 10% du producteur d'électricité)**

L'achat d'électricité auprès d'une société de participation qui est également un acteur du marché de l'électricité est en principe toujours soumis au droit des marchés publics. Un tel marché n'est pas considéré comme une adjudication Inhouse ou quasi Inhouse. Une exception est possible si le producteur d'électricité est une centrale en partenariat contrôlée par l'EAE conjointement avec d'autres EAE et qui ne présente pas une activité déterminante sur le marché (chiffre d'affaires sur le marché <20%).

### **Situation 3: une EAE (sans propre production d'électricité) mandate un tiers pour l'achat d'électricité**

Le recours à un tiers pour l'achat d'électricité pour l'approvisionnement de base est soumis au droit des marchés publics si les valeurs seuils sont dépassées (voir également la situation 7). Le tiers lui-même doit acquérir l'électricité pour l'EAE selon les règles du droit des marchés publics. L'assujettissement au droit des marchés publics ne peut pas être contourné par une EAE qui externaliserait ce marché.

### **Situation 4: achat d'électricité en bourse**

L'acquisition d'électricité en bourse peut se faire de gré à gré et n'a pas besoin de faire l'objet d'un appel d'offres (art. 21, al. 2, let. g AIMP). La bourse de marchandises permet une certaine stabilité des prix et une certaine prévisibilité dans le respect des principes du droit des marchés publics (procédure transparente, concurrence efficace, égalité de traitement des soumissionnaires, emploi économique des fonds publics).

La COMCO a également admis dans son courrier du 12 décembre 2019 au conseil municipal de la ville de Berne l'existence d'une situation exemptée du droit des marchés publics (acquisition de

marchandises sur une bourse de marchandises) pour l'acquisition d'électricité par BERNMOBIL au moyen d'une enchère Day-Ahead sur Epex Spot, pourvu que l'électricité soit effectivement achetée sur la bourse et livrée physiquement. La COMCO estimait que le prix de ces opérations est calculé dans des conditions de concurrence et correspond aux critères d'une bourse de marchandises.

### **Situation 5: transactions OTC**

La COMCO considère également comme en principe licite l'acquisition directe d'électricité, hors bourse, dans le cadre d'une transaction de gré à gré ou «OTC», sur la base de l'exception prévue à l'art. 21, al. 2, let. g AIMP, à condition que l'opération d'acquisition d'électricité se déroule de manière anonymisée via une plateforme sans que les cocontractants potentiels ne sachent qui est à l'origine de l'offre ou de la demande et que les règles de transparence applicables à la bourse soient respectées.

### **Situation 6: plateformes d'acquisition communes**

Les plateformes d'acquisition communes sont licites selon le droit des marchés publics aux mêmes conditions que les transactions OTC. Autrement dit, ici également, l'anonymat doit être garanti côté offre et côté demande et la plateforme doit être ouverte au plus grand nombre possible de soumissionnaires afin que la concurrence puisse déployer ses effets.

### **Situation 7: mandater un tiers pour l'acquisition d'électricité**

Le fait de mandater un tiers pour acquérir l'électricité à la bourse, sur le marché OTC ou via une plateforme d'acquisition commune relève en principe du droit des marchés publics si les valeurs seuils sont dépassées. Si le prestataire est mandaté pour une durée indéterminée, la valeur seuil se détermine sur la valeur du marché sur 4 ans (art. 15 LMP/AIMP). La rémunération versée au tiers est, en règle générale, inférieure à la valeur seuil de 250 000 CHF, laquelle implique un appel d'offres public. Si les honoraires pour le marché se situent entre 150 000 CHF et 250 000 CHF, le marché doit être adjudgé dans le cadre de la «procédure sur invitation» (qui implique l'obtention d'au moins trois offres).

### **Situation 8: acquisition d'électricité par le biais de contrats de fourniture intégrale et marchés structurés**

En principe, il faut partir du principe que le droit des marchés publics s'applique. À moins qu'une exception prévue à l'art. 10, al. 2 AIMP ou un marché de gré à gré n'entre en ligne de compte, ces contrats et marchés doivent faire l'objet d'un appel d'offres public. Dans ces cas également, il convient d'évaluer la situation concrète au cas par cas.

### **Situation 9: acquisition d'électricité du fait de la reprise d'électricité de petits producteurs dans la zone de desserte**

En vertu de l'art. 15, al. 1 de la loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie (LEne), les gestionnaires de réseau sont tenus de reprendre et de rétribuer de manière appropriée, dans leur zone de desserte, l'électricité qui leur est offerte provenant d'énergies renouvelables et d'installations à couplage chaleur-force alimentées totalement ou partiellement aux énergies fossiles et le biogaz qui leur est offert. Cette obligation de reprise et de rétribution ne s'applique à l'électricité que si elle provient d'installations d'une puissance électrique maximale de 3 MW ou d'une production annuelle, déduction faite de leur éventuelle consommation propre, n'excédant pas 5000 MWh (art. 15, al. 2 LEne). Lorsque le gestionnaire de réseau est tenu de par la loi de reprendre et rétribuer l'électricité, le droit des marchés publics n'est pas applicable. En revanche, l'acquisition d'électricité auprès d'installations non visées par la reprise obligatoire prévue à l'art. 15, al. 2 LEne est en principe soumise au droit des marchés publics et il faut vérifier au cas par cas quelle est la procédure applicable.

### **Situation 10: acquisition d'électricité en lien avec l'énergie des pertes actives des réseaux de distribution (pertes de transport)**

En principe, il faut partir de l'idée que les acquisitions d'électricité auprès de gestionnaires de réseaux en lien avec l'énergie des pertes des réseaux de distribution sont également assujetties au droit des marchés publics. Au final, il s'agit également d'acquisition d'électricité par des adjudicateurs publics pour leur usage propre. Il faudra examiner dans le cas concret si les conditions d'un appel d'offres public (p. ex. atteinte des valeurs seuil) sont remplies ou s'il existe une exception sous la forme d'une adjudication Inhouse au sens large autorisée (au sein d'un groupe).

### **Situation 11: acquisition d'électricité issue de sources nationales renouvelables appartenant à des tiers**

En vertu de l'art. 6, al. 5<sup>bis</sup> LApEI, les gestionnaires de réseaux de distribution qui fournissent de l'électricité issue d'énergies renouvelables aux consommateurs captifs peuvent prendre en compte dans leurs tarifs le coût de revient de cette électricité et ne sont pas tenus de prendre en compte le bénéfice visé à l'art. 6, al. 5 LApEI. Cette disposition tarifaire de la LApEI n'exclut pas l'assujettissement de l'acquisition d'électricité au droit des marchés publics. Dans ce cas de figure également, l'électricité parvient au final à des clients finaux de l'approvisionnement de base.

## **Situation 12: contrats de Contracting**

Le Contracting, défini comme le conseil, la planification, le financement et l'exploitation d'une installation par un soumissionnaire (Contractor) est en principe également assujéti au droit des marchés publics si le bénéficiaire du Contracting est un adjudicateur public.<sup>4</sup>

Pour le Contracting également, il convient de déterminer selon les circonstances du cas concret si une éventuelle exemption du droit des marchés publics est envisageable

### **Commission juridique de l'Association des entreprises électriques suisses (AES)**

L'AES est l'association faitière des entreprises électriques suisses. Ses membres produisent, transfèrent, distribuent ou négocient l'électricité. L'AES s'engage pour un approvisionnement en électricité sûr, compétitif et durable en Suisse. L'AES emploie près de 40 collaborateurs et représente plus de 400 membres de la branche et membres associés, pour un total d'environ 22 000 collaborateurs qui assurent plus de 90% de l'approvisionnement en électricité en Suisse.

**Renseignements:** Jürg Müller, secrétaire de la Commission juridique

Tél: 062 / 825 25 40 ou 079 / 223 14 69

E-mail: juerg.mueller@strom.ch

---

<sup>4</sup> cf. Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide 2021, p. 176 ss

## Annexe 1: Bases légales du droit des marchés publics:

### Quelles sont les bases légales pertinentes en droit des marchés publics?

Le droit des marchés publics règle l'acquisition de constructions, de biens (p. ex. l'électricité) et de services par les pouvoirs publics ou les organisations (également celles de droit privé) qui agissent sur mandat des pouvoirs publics. Il vise essentiellement l'**utilisation économique de l'argent des contribuables**, la garantie d'une **égalité de traitement pour tous les soumissionnaires**, un accès équitable de tous les soumissionnaires aux marchés publics et des **procédures de passation des marchés** aussi **transparentes** que possible.

Les prescriptions légales se trouvent:

- au **niveau international** (**Government Procurement Agreement; GPA / Accord** entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics):

<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19940096/index.html>

<https://www.fedlex.admin.ch/fr/sector-specific-agreements/EU-acts-register/2>

- au **niveau fédéral (LMP/OMP/LMI)**:

<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19940432/index.html>

<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19950538/index.html>

[https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1996/1738\\_1738\\_1738/fr](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1996/1738_1738_1738/fr)

- au **niveau cantonal (AIMP)**, lois cantonales sur les marchés publics, Loi sur le marché intérieur, document comparatif LMP/AIMP):

<https://www.dtap.ch/fr/dtap/concordats/aimp>

<https://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2003/196.pdf>

<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19950280/index.html>

<https://www.dtap.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019>

- au **niveau communal** (législation communale, p. ex. BE, ZH):

#### **Ville de Berne:**

<https://www.bern.ch/wirtschaft/beschaffung/gesetzesgrundlagen-fur-das-offentliche/downloads/VBW.pdf>

#### **Ville de Zurich:**

<https://www.stadt->

[zuerich.ch/fd/de/index/finanzen/beschaffung.html#reglemente\\_und\\_richtlinien](https://www.stadt-zuerich.ch/fd/de/index/finanzen/beschaffung.html#reglemente_und_richtlinien)