

AES – Infos et faits
01.05.2020

Droit des marchés publics dans le secteur de l'énergie – FAQ

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: L'adoption de la révision du droit des marchés publics (LMP) par les Chambres fédérales en juin 2019 et l'adaptation des réglementations cantonales, en particulier l'adoption de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) de décembre 2019, ont relancé le sujet dans le secteur de l'énergie. Dans le prolongement de la révision de la LMP, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance révisée (OMP) lors de sa séance du 12 février 2020. La LMP et l'OMP révisées entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Ce FAQ reprend les questions pertinentes pour le secteur énergétique 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/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>

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 pour le compte 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)**:
<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19940096/index.html>

- au **niveau fédéral (LMP/OMP):**

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

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

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

[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)

Remarques générales concernant les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels:

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. Si un adjudicateur opérant sur un marché sectoriel limite son activité à l’une des activités sectorielles relevant du droit des marchés publics, l’intégralité de ses adjudications est de fait liée à cette activité sectorielle, de sorte que d’autres achats, tels que les meubles de bureau et l’IT, sont également soumis au droit des marchés publics¹.

Négoce de l’électricité:

Quand le droit des marchés publics s’applique-t-il au négoce de l’électricité?

¹ (cf. Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergabeverfahrens, Zurich etc. 2012, ch. marg. 511)



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 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.

Si un achat d'électricité est soumis au droit des marchés publics, l'acquisition d'électricité pour les clients finaux s'opère selon une procédure de gré à gré si le montant est inférieur à 100 000 CHF et selon une procédure sur invitation si le montant se situe entre 100 000 CHF et 250 000 CHF, conformément aux valeurs seuils en vigueur. L'acquisition d'électricité pour un montant supérieur à 250 000 CHF doit faire l'objet d'un appel d'offres public. Si l'on se base sur un prix de gros de 6 cts par kWh, il serait donc possible d'acheter un maximum de 4,16 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 de scinder le marché de manière à ce que la quantité d'électricité à acheter soit inférieure à 4,16 GWh, en vue de contourner un appel d'offres public.

Production d'électricité:

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

Selon la LMP révisée, la production d'électricité d'entreprises publiques reste elle aussi soumise au droit des marchés publics. 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).

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:

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 s'exerce 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):

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 clients captifs. 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 clients 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.

Exceptions propres au droit des marchés publics:

Adjudication Inhouse

On parle d'une adjudication 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. Le principe est que le prestataire peut fournir un maximum de 20% de ses prestations Inhouse à des tiers (c.-à-d. sur le marché).

Adjudication quasi Inhouse

On parle d'une adjudication 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). Le principe est que le prestataire peut fournir un maximum de 20% de ses prestations Inhouse à des tiers (c.-à-d. sur le marché) et qu'aucune personne privée ne peut détenir de parts dans l'entreprise.

Questions spécifiques concernant le droit des marchés publics dans le secteur de l'énergie:

Les cantons doivent-ils reprendre les adaptations de la LMP et à partir de quand?

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 entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2021 au niveau fédéral, avec l'ordonnance correspondante (LMP/OMP).

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 2010 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/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>

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

Les entreprises privées 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, 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.

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% dans une centrale nucléaire)

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.

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. L'assujettissement au droit des marchés publics ne peut pas être contourné par une EAE qui externaliserait ce marché.

Situation 4:

Une EAE achète de l'électricité en bourse

L'achat d'électricité en bourse n'a pas besoin de faire l'objet d'un appel d'offres. La bourse est, en soi, un instrument de concurrence qui garantit que le prix de l'électricité sera fixé aux conditions du marché, selon les règles de l'offre et de la demande.

Le fait de mandater un tiers pour ce type d'acquisition relève en principe du droit des marchés publics. Si le prestataire est mandaté pour une durée indéterminée, la rémunération 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 100 000 CHF et 250 000 CHF, le marché doit être adjugé dans le cadre de la «procédure sur invitation» (qui implique l'obtention d'au moins 3 offres).

Situation 5:

Une EAE achète de l'électricité par l'intermédiaire d'un partenaire par une transaction OTC

Une transaction OTC devrait être assimilée à une opération boursière lorsque la transaction se déroule de manière anonyme par le biais d'une plate-forme, sans que les partenaires contractuels potentiels sachent qui est derrière l'offre ou la demande. Le but du droit des marchés publics est de créer une situation de concurrence entre l'offre et la demande afin de favoriser la formation d'un «prix du marché» pour la marchandise négociée. Cela n'est possible que si les fournisseurs restent anonymes pour le demandeur.

Renseignements AES:

Jürg Müller, responsable Droit
Tél: 062 / 825 25 40 ou 079 / 223 14 69
E-mail: juerg.mueller@strom.ch

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.