



Recommandation

du 22 mars 2021

Objet

Recommandation au sens de l'art. 8, al. 3, LMI
concernant

**l'application du droit des marchés publics
et de la loi fédérale sur le marché intérieur
à l'acquisition d'électricité**

(621-00004)

À l'intention des

directions de l'énergie des cantons et de certaines communes

Composition

Andreas Heinemann (président),
Armin Schmutzler, Danièle Wüthrich-Meyer (vice-présidents),
Florence Bettschart-Narbel, Nicolas Diebold, Winand Emons,
Clémence Grisel Rapin, Pranvera Këllezi, Isabel Martínez,
Rudolf Minsch, Martin Rufer, Henrike Schneider

Table des matières

1	Contexte	3
2	Compétence de la COMCO en matière de droit du marché intérieur	5
3	Exigences du droit des marchés publics concernant l'achat d'électricité par des adjudicateurs cantonaux ou communaux	6
3.1	Prescriptions de droit international public.....	6
3.1.1	Acquisition d'électricité par les adjudicateurs pour leur consommation propre.....	6
3.1.2	Acquisition d'électricité par les gestionnaires de réseau de distribution en vue de l'approvisionnement des consommateurs finaux	8
3.2	Dispositions de droit interne.....	9
3.2.1	Prise en considération des prescriptions du droit international public dans l'application du droit.....	9
3.2.2	Champ d'application objectif.....	10
3.2.3	Champ d'application subjectif.....	12
3.3	Synthèse.....	12
4	Relation entre la législation sur l'approvisionnement en électricité et les dispositions de la LMI et du droit des marchés publics	13
4.1	Problématique.....	13
4.2	Interprétation	14
4.3	Synthèse.....	16
5	Calcul de la valeur du marché en vue de déterminer le type de procédure d'adjudication et obligation de publication	16
5.1	Généralités concernant le calcul de la valeur du marché et les valeurs seuils	16
5.2	Pertinence des dispositions de la législation sur l'approvisionnement en électricité pour le calcul de la valeur du marché s'agissant de l'électricité achetée par des adjudicateurs pour leurs propres besoins.....	18
5.3	Possibilité de déroger à l'obligation d'organiser un appel d'offres public en cas d'achat sur une bourse de marchandises.....	19
5.4	Obligation de publication.....	20
6	Exceptions à l'application du droit des marchés publics	20
6.1	Adjudication de marchés <i>in-house</i>	20
6.2	Adjudication de marchés quasi <i>in-house</i>	21
6.3	Adjudication de marchés <i>in-state</i>	22
7	Recommandations	23

1 Contexte

1. La présente recommandation, qui relève du droit du marché intérieur, porte sur deux volets de l'**approvisionnement en électricité** : d'une part, l'achat d'électricité par les organismes assumant des tâches publiques pour leurs propres besoins et, d'autre part, l'achat d'électricité par les gestionnaires de réseau de distribution en vue d'approvisionner les consommateurs finaux. La production d'électricité et la gestion de réseau ne sont pas abordées ici.

2. *Jusqu'ici*, l'**achat d'électricité pour l'approvisionnement des organismes assumant des tâches publiques** (ci-après « établissements publics ») a été géré de manière très hétérogène par les instances décisionnelles des cantons et des communes¹. Dans ce contexte, il est question en particulier de l'approvisionnement en électricité des bâtiments administratifs ; toutefois, les considérations ci-après sont également pertinentes pour ce qui est de l'achat de courant destiné aux transports publics, par exemple. La base de données de simap.ch ne recense que très peu d'appels d'offres publics relatifs à l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics, ce qui porte à croire que, dans bon nombre de cantons et de communes, les achats de courant par les pouvoirs publics ne font pas l'objet d'appels d'offres publics, quand bien même la valeur des marchés dépasse les valeurs seuils. Manifestement, par le passé, plusieurs cantons et communes considéraient, sur la base du droit en vigueur jusqu'à fin 2020, qu'ils pouvaient renoncer à publier un appel d'offres, en dépit des dispositions du droit des marchés publics et de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)², et faire alimenter les établissements publics en électricité aux conditions de l'approvisionnement de base par le *gestionnaire de réseau de distribution* de la zone de desserte (ci-après « gestionnaire de réseau de distribution compétent »)³.

¹ Cf. également NICOLAS DIEBOLD/MARTIN LUDIN, *Öffentliche Beschaffungen von Strom im teilliberalisierten Stromversorgungsmarkt*, Schriften zum Energierecht, vol. 8, Zurich/Saint-Gall 2018 (cit. DIEBOLD/LUDIN), n° 54.

² Loi fédérale du 6.10.1995 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02).

³ Il ressort p. ex. d'un communiqué de presse paru en décembre 2018 que l'approvisionnement en électricité des immeubles du **canton de Thurgovie** ne fait pas l'objet d'appels d'offres publics ; www.tg.ch/news/news-detailseite.html/485/news/35766 (1.3.2021).

Dans le **canton de Bâle-Ville**, les bâtiments administratifs disposant d'un droit d'accès au réseau ont toujours été fournis en électricité dans le cadre de l'approvisionnement de base par les Services industriels bâlois (Industrielle Werke Basel, IWF), juridiquement indépendants du canton, mais entièrement détenus par celui-ci ; www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100389/00000389349.pdf?t=155381515420190329001914 ; <https://primenews.ch/articles/2019/03/basler-regierung-hat-keine-lust-auf-tiefere-strompreise> (1.3.2021).

En avril 2014, le gouvernement du **canton de Schwyz** a déclaré, dans sa réponse à une question posée à ce sujet par un membre du parlement cantonal, que l'achat d'électricité sur le marché pour les immeubles disposant d'un droit d'accès au réseau faisait l'objet d'un *examen* continu. Il a toutefois ajouté que les immeubles du canton continueraient d'être approvisionnés par les fournisseurs d'énergie « locaux », majoritairement détenus par des communes et des districts ; www.sz.ch/public/upload/assets/2633/KA_5_15_Strommarktpreise1429866587009.pdf (1.3.2021).

Jusqu'à fin 2020, dans le **canton de Fribourg**, l'acquisition d'électricité destinée aux bâtiments administratifs du canton ne donnait pas lieu à des appels d'offres publics ; www.parlinfo.fr.ch/dl.php/de/ax-5fab66f488ff/de_RCE_Q_2020-CE-164_Commande_lectricit_V01_def.pdf (1.3.2021).

En revanche, c'était le cas dans le **canton de Zurich** ; www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsrats_beschluss-unterlagen./2018/663/RRB-2018-0663.pdf (1.3.2021).

De même, la **ville de Lucerne** semble procéder à la publication d'appels d'offres lorsque la valeur seuil de 250 000 francs est dépassée pour les immeubles communaux disposant d'un droit d'accès au réseau ; www.stadtluern.ch/docn/2234231/Strombeschaffung_im_liberalisierten_Markt.pdf (1.3.2021).

3. Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEI)⁴ en 2008, l'**approvisionnement des consommateurs finaux** fait l'objet d'une libéralisation partielle. Ainsi, les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est égale ou supérieure à 100 MWh (soit env. 20 à 25 ménages)⁵ disposent d'un **droit d'accès au réseau** et peuvent choisir s'ils souhaitent acheter leur électricité sur le **marché libre** auprès d'un fournisseur de leur choix ou dans le cadre de l'**approvisionnement de base** auprès du gestionnaire de réseau de distribution compétent. À l'inverse, les consommateurs finaux captifs dont la consommation annuelle est inférieure à 100 MWh sont fournis par le gestionnaire de réseau de distribution compétent, lequel est alors en situation de monopole⁶.

4. Conformément à l'art. 6, al. 1, LApEI, les gestionnaires de réseau de distribution désignés par les cantons sont tenus, dans le cadre de l'approvisionnement de base, de fournir 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 équitables⁷. Il convient de noter que l'**approvisionnement de base** en électricité fait partie du service public et, partant, est une **tâche publique**⁸. Les tarifs de l'approvisionnement de base sont fixés *unilatéralement* par les gestionnaires de réseau de distribution et soumis à la surveillance de la Commission fédérale de l'électricité (EiCom)⁹. Par ailleurs, certains gestionnaires concluent des contrats de fourniture d'électricité avec des consommateurs finaux, des fournisseurs en amont et des fournisseurs finaux sur le **marché libre**. Se pose donc la question de savoir si l'**acquisition d'électricité par les gestionnaires de réseau de distribution pour approvisionner les consommateurs finaux** dans le cadre de la libéralisation partielle prévue par la loi doit faire l'objet d'un appel d'offres public et, le cas échéant, à quelles conditions.

5. À la suite de la révision de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics adoptée en 2012 (ci-après « AMP 2012 »), en vigueur en Suisse depuis le 1^{er} janvier 2021¹⁰, les législations fédérale et cantonales ont dû être adaptées. Ainsi, la Confédération et les cantons ont mené un **projet commun de révision** de leurs bases juridiques en matière de marchés publics afin de coordonner autant que possible le calendrier et le contenu des modifications. La nouvelle loi fédérale sur les marchés publics (LMP)¹¹ et la nouvelle ordonnance sur les marchés publics (OMP)¹² sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Par ailleurs, l'*accord intercantonal* sur les marchés publics adopté fin novembre 2019 (ci-après « AIMP 2019 ») est harmonisé avec la législation fédérale susmentionnée¹³. La LMI a également été modifiée au 1^{er} janvier 2021.

⁴ Loi du 23.3.2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEI ; RS 734.7).

⁵ D'après les données de la Commission fédérale de l'électricité (EiCom), un ménage classique (catégorie H4 : appartement de 5 pièces équipé d'une cuisinière électrique et d'un sèche-linge, sans chauffe-eau électrique) consomme environ 4500 kWh par an ; cf. *Rapport d'activité de l'EiCom 2019*, p. 12 ; www.elcom.admin.ch > Documentation > Rapports d'activité (1.3.2021).

⁶ Cf. art. 3, al. 1 et 6, et art. 13 LApEI.

⁷ Cf. art. 5 et 6, al. 1, LApEI.

⁸ Arrêt du TF 4A_305/2017 du 18.1.2018 consid. 5.2

⁹ Cf. art. 22, al. 2, let. a et b, LApEI.

¹⁰ Accord de l'OMC du 15.4.1994 sur les marchés publics, révisé conformément au ch. 1 du prot. du 30.3.2012 (RS 0.632.231.422). Tous les États parties à l'accord sont tenus de transposer ses amendements dans leur droit interne.

¹¹ Loi fédérale du 21.6.2019 sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1).

¹² Ordonnance du 12.1.2020 sur les marchés publics (OMP ; RS 172.056.11).

¹³ L'entrée en vigueur de l'AIMP 2019 requiert l'adhésion préalable de deux cantons. Des procédures d'adhésion ayant déjà été engagées avant fin 2020, il faut s'attendre à ce que ce concordat entre en vigueur dans le courant de l'année 2021 et à ce que tous les cantons finissent par y adhérer. Un aperçu de l'avancement des procédures d'adhésion à l'AIMP 2019 est disponible sous la forme d'une carte sur le site de la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) ; www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019 (1.3.2021).

Aujourd'hui, les dispositions révisées de la LMP, de l'AIMP 2019 et de la LMI concordent dans une large mesure.

6. Il s'agit maintenant d'examiner, à l'aune des nouvelles prescriptions, si l'achat d'électricité par les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques pour leur **consommation propre**, d'une part, et l'acquisition d'électricité par les gestionnaires de réseau de distribution pour **approvisionner les consommateurs finaux** dans le cadre de l'ouverture partielle du marché prévue par la loi, d'autre part, doivent faire l'objet d'appels d'offres publics et, le cas échéant, à quelles conditions.

2 Compétence de la COMCO en matière de droit du marché intérieur

7. Conformément à l'art. 8, al. 1, LMI¹⁴, la COMCO veille entre autres à ce que les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques (entités privées, p. ex.) respectent la législation sur le marché intérieur. À cet effet, elle a par exemple la possibilité de formuler des recommandations (cf. art. 8, al. 2 et 3, LMI), qui peuvent porter sur des normes générales et abstraites relevant de tous les niveaux étatiques, législation intercantonale comprise¹⁵. La COMCO peut se fonder non seulement sur les critères de la LMI, mais aussi sur ceux des normes de droit international pertinentes¹⁶. Les recommandations peuvent également concerner, comme dans le cas présent, des questions liées à la mise en œuvre d'actes législatifs¹⁷. Enfin, elles sont utilisées à l'appui de recours déposés par les personnes concernées ou la COMCO (cf. ci-dessous, ch. 9).

8. L'art. 5 LMI prévoit des **exigences minimales pour les marchés publics effectués par les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales ou communales**, lesquelles s'appliquent en plus de l'AIMP¹⁸ et du droit cantonal des marchés publics. Elles comprennent par exemple le droit à un accès **non discriminatoire** aux marchés publics cantonaux et l'**obligation de publication** pour les marchés publics **de grande importance**¹⁹. La présente recommandation de la COMCO concerne les achats d'électricité par des adjudicateurs publics au sens de l'art. 5 LMI. Au *niveau fédéral*, ces achats étant régis non pas par la LMI, mais par la LMP, ils n'entrent pas dans le domaine de compétence de la COMCO (p. ex. s'agissant des achats effectués par Swissgrid SA en qualité de société responsable du réseau de transport de l'électricité, afin de remplir les tâches qui lui incombent en vertu de la législation sur l'approvisionnement en électricité). En revanche, les considérations ci-après relatives aux dispositions et à la primauté du droit *international* des marchés publics (cf. ci-dessous, ch. 10 à 22) sont également importantes pour les adjudicateurs au niveau fédéral.

¹⁴ Loi fédérale du 6.10.1995 sur le marché intérieur (loi sur le marché intérieur, LMI ; RS 943.02).

¹⁵ Cf. « Recommandations selon l'art. 8, al. 2, LMI de la COMCO du 17.4.2000 concernant la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) (Adaptation aux accords bilatéraux CH-CE) destinées à la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement », DPC 2000/2, p. 281, n° 1 ss.

¹⁶ Cf. art. 5, al. 2, LMI ; VINCENT MARTENET, dans : Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (éd.), Commentaire romand, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle 2011, n° 10 s. ad art. 8 LMI.

¹⁷ Cf. « Empfehlung vom 27.2.2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur », DPC 2012/2, p. 438, n° 1 ss. ; « Empfehlung vom 26.9.2016 betreffend Verwaltungspraxis des Kantons Bern bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen zuhanden Regierungsrat des Kantons Bern », DPC 2016/3, p. 795, n° 1 ss.

¹⁸ Accord intercantonal du 25.11.1994/15.3.2001 sur les marchés publics (AIMP).

¹⁹ Cf. art. 5 LMI ; concernant l'obligation de publier les projets de marchés publics, cf. ci-dessous, ch. 53 s.

9. Conformément à l'art. 9 LMI, les restrictions de la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet d'une décision sujette à recours devant une autorité indépendante de l'administration. La LMI accorde un droit de recours tant aux personnes concernées par une potentielle restriction d'accès au marché qu'à la COMCO²⁰. Ainsi, cette dernière peut déposer un recours contre toute acquisition **qui restreint indûment la liberté d'accès au marché intérieur**²¹. L'interdiction de discrimination inscrite à l'art. 5, al. 1, LMI prohibe aux entités adjudicatrices qui y sont soumises de pénaliser des personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse²². L'exemple typique de violation de l'art. 5 LMI est l'adjudication d'un marché public sans appel d'offres sur la base d'une exception invoquée à tort. De même, le manquement à l'un des principes du droit des marchés publics, tel que l'interdiction de discrimination ou l'exigence de transparence, peut également constituer une violation de cet article, notamment lorsque l'adjudicateur n'a pas choisi la procédure d'adjudication qui convient et n'a pas publié d'appel d'offres²³.

3 Exigences du droit des marchés publics concernant l'achat d'électricité par des adjudicateurs cantonaux ou communaux

3.1 Prescriptions de droit international public

3.1.1 Acquisition d'électricité par les adjudicateurs pour leur consommation propre

10. Pour les marchés publics relevant du champ d'application de l'Accord de l'OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (ci-après « AMP 1994 »)²⁴, la Suisse s'est engagée à lancer des appels d'offres publics, ainsi qu'à autoriser les entreprises ayant leur siège social dans tout État membre de l'Accord à présenter une offre et à ne pas les pénaliser²⁵. Le but de cet accord est notamment de permettre l'*ouverture* des marchés et de garantir un accès *non discriminatoire* aux marchés²⁶.

11. Le **champ d'application subjectif** de l'AMP 1994, qui a été en vigueur en Suisse jusqu'en décembre 2020, considère comme des entités contractantes (adjudicateurs) les unités administratives centrales et décentralisées de l'administration fédérale (Appendice I, Ann. 1) ainsi que, au **niveau cantonal**, les *unités administratives* et les *établissements cantonaux de droit public* (Appendice I, Ann. 2). Dans les relations avec l'UE, les marchés publics sont régis par l'accord bilatéral sur les marchés publics (ci-après « accord Suisse-UE »)²⁷. Cet accord étend le champ d'application de l'AMP 1994, dans le cadre des *relations avec les États membres de l'UE*, aux marchés passés par les unités administratives des **districts** et des **communes** et les **entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels** dans les domaines des télécommunications, du transport ferroviaire et de l'approvisionnement énergétique (à noter que l'approvisionnement en électricité est soumis à l'AMP ; cf. ci-dessous,

²⁰ Cf. art. 9, al. 1 et 2^{bis}, LMI.

²¹ Message du 15.2.2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (cit. message sur la révision de la LMP), FF 2017 1695, ici 1824 s.

²² Cf. art. 5, al. 1, LMI.

²³ ATF 141 II 113 consid. 3.1.5

²⁴ RO 1996 609 ; FF 1994 IV 1

²⁵ Cf. art. VII AMP 1994.

²⁶ Cf. message type concernant la révision de l'accord intercantonal du 15.11.2019 sur les marchés publics (AIMP), version 1.0 du 16.1.2020 (cit. message type sur l'AIMP 2019), p. 7 s. ; www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019019 (1.3.2021).

²⁷ Accord du 21.6.1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68 ; ci-après « accord Suisse-UE »), entré en vigueur le 1.6.2002.

ch. 15). L'accord Suisse-UE s'applique également aux **entités privées assurant un service au public**²⁸.

12. La Suisse a inscrit les notes suivantes dans l'Appendice I, Ann. 1 et 2, AMP 1994 : « *Le présent accord ne s'applique pas aux marchés passés par les entités énumérées dans cette annexe et portant sur des activités dans les secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications.* » L'interprétation de ces notes est controversée, dans la doctrine comme dans la jurisprudence : la question est de savoir si les marchés passés par les entités contractantes dans les secteurs cités sont **par définition** exclus du champ d'application de l'accord²⁹ ou si, dans les **secteurs** concernés, les entités adjudicatrices doivent **se conformer aux règles fixées à l'Appendice I, Ann. 3, AMP 1994** (cf. ci-dessous, ch. 15 ss.). Dans ce dernier cas, l'acquisition d'électricité par une entité adjudicatrice en Suisse pourrait être exemptée à condition qu'il s'agisse d'une **entité adjudicatrice opérant sur des marchés sectoriels**³⁰ qui soit elle-même active dans le domaine de l'approvisionnement énergétique³¹. En 2014, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a indiqué en *obiter dictum* que les notes figurant à l'Appendice I, Ann. 1, AMP 1994 ne signifiaient *pas forcément* que l'achat d'électricité était exclu du champ d'application de l'accord³². Autrement dit, les entités adjudicatrices cantonales et communales étaient soumises à l'AMP 1994, en vigueur jusqu'à fin 2020, s'agissant de l'achat d'électricité pour leur consommation propre. Toutefois, certaines autorités, perpétuant une pratique en vigueur depuis de nombreuses années, ont manifestement déduit des formulations choisies à l'Appendice I, Ann. 1 et 2, AMP 1994 que *l'ensemble* des achats d'électricité effectués par des entités adjudicatrices pour leurs propres besoins n'était pas régi par le droit des marchés publics³³.

13. **L'AMP 2012** est entré en vigueur en Suisse le 1^{er} janvier 2021, dans le sillage de la révision totale de la LMP (cf. ci-dessus, ch. 5). Il s'applique aux entités adjudicatrices de la Confédération (Appendice I, Ann. 1) et des **cantons** (Appendice I, Ann. 2, ch. 1). Conformément à cet accord, les entités adjudicatrices du niveau des **districts** et des **communes** sont

²⁸ Cf. art. 2, al. 1, et art. 3 de l'accord Suisse-UE.

²⁹ Dans ce sens : arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2000.00406 du 6.6.2001 consid. 4a ; d'un autre avis : DIEBOLD/LUDIN (note 1), n° 38.

³⁰ L'Appendice I, Ann. 3, AMP 1994 régit l'assujettissement *subjectif* des entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels. D'après cette annexe, les entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels peuvent être des autorités, des établissements de droit *public* et des entreprises *publiques* de tous niveaux étatiques. Les explications figurant à l'Ann. 3, par. 2, AMP 1994 précisent que le *domaine de l'électricité* comprend les entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels qui disposent d'un *droit d'expropriation* en vertu de la loi fédérale du 24.6.1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant (loi sur les installations électriques, LIE ; RS 734) ou qui *produisent* de l'énergie électrique conformément à la loi fédérale du 22.12.1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (loi sur les forces hydrauliques, LFH ; RS 721.80) ou à la loi du 21.3.2003 sur l'énergie nucléaire (LENu ; RS 732.1). Le droit d'expropriation est réglé à l'art. 43 ss. LIE.

³¹ DIEBOLD/LUDIN (note 1), n° 52, sont notamment en faveur de cette interprétation. Du même avis : MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts : Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht*, Zurich 2012 (cit. BEYELER, *Geltungsanspruch*), n°s 969 et 984.

³² Arrêt du TAF B-4288/2014 du 25.9.2014 consid. 3.6.2

³³ C'est le cas, p. ex., du canton de Fribourg, qui, jusqu'à fin 2020, ne lançait pas d'appels d'offres publics pour l'approvisionnement en électricité des immeubles lui appartenant et concourant à l'exécution de tâches publiques (cf. note 3) : dans sa réponse à la question 2020-CE-164 posée le 1.9.2020 par les députés Francine Defferrard et Hubert Dafflon (« Commande d'électricité par des collectivités publiques et marchés publics »), le Conseil d'État explique que la situation juridique relative aux exceptions au champ d'application de l'AMP 1994 n'est pas claire et que cette incertitude sera levée à l'entrée en vigueur de l'AMP 2012 ; cf. également les autres pratiques cantonales et communales évoquées dans la note 3, lesquelles ne s'expliquent, compte tenu des obligations de droit international public à respecter, que par une telle interprétation du champ d'application de l'AMP 1994.

tenues d'adresser leurs appels d'offres au moins à tous les États membres de l'UE et de l'Association européenne de libre-échange (AELE) (cf. Appendice I, Ann. 2, ch. 2, et Ann. 7, ch. 1.1, let. a, AMP 2012)³⁴. L'AMP 2012 n'est *pas applicable* aux achats de biens et de services qui ne peuvent être effectués qu'auprès d'établissements disposant d'un **droit exclusif**; c'est notamment le cas de l'**acquisition d'énergie**³⁵. Selon le message sur l'AMP 2012, cette nouvelle formule **remplace** les notes de l'Appendice I, Ann. 1 et 2, AMP 1994³⁶. Elle indique clairement que, pour l'acquisition de prestations dans le secteur de l'approvisionnement énergétique, les entités adjudicatrices soumises à l'AMP ne sont **pas globalement exemptées** de l'application de l'AMP 2012. Une exception peut être invoquée uniquement lorsque la prestation concernée doit **impérativement** être fournie par un **monopoleur** en raison des conditions-cadre réglementaires.

14. Par conséquent, en application des dispositions de l'AMP 2012, l'**achat d'électricité par les adjudicateurs cantonaux ou communaux pour leurs propres besoins** doit faire l'objet d'un appel d'offres public dans la mesure où l'établissement public à alimenter est un consommateur final qui **peut** choisir **librement** son fournisseur d'électricité sur le marché. Comme évoqué ci-dessus, l'AMP 2012 ne s'applique pas aux adjudicateurs qui, en tant que consommateurs finaux captifs, sont fournis dans le cadre d'un *monopole d'approvisionnement*.

3.1.2 Acquisition d'électricité par les gestionnaires de réseau de distribution en vue de l'approvisionnement des consommateurs finaux

15. Selon l'Appendice I, Ann. 3, AMP, on entend par « **entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels** » les autorités, établissements de droit *public* et entreprises *publiques* de tous les niveaux étatiques. Par contre, l'AMP ne s'applique pas à l'acquisition d'électricité par des entreprises *privées* opérant sur des marchés sectoriels³⁷. Conformément à la LApEI, les gestionnaires de réseau de distribution sont chargés de l'approvisionnement de base en électricité des consommateurs finaux captifs de leur zone de desserte³⁸. En leur qualité de fournisseurs finaux, ils sont également autorisés à alimenter en électricité les consommateurs finaux libres, car le droit fédéral ne contient aucune réglementation sur la séparation juridique des activités monopolistiques d'une entreprise d'approvisionnement en électricité (EAE) verticalement intégrée de ses autres activités. Les **gestionnaires de réseau de distribution** font donc partie des entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels au sens de l'AMP. Comme indiqué plus haut, l'accord Suisse-UE étend le champ d'application de l'AMP aux entités privées assurant un service au public dans le cadre des relations entre les États membres de l'UE et la Suisse (cf. ci-dessus, ch. 11). Toutefois, l'acquisition d'électricité étant soumise à l'AMP, elle est exclue du champ d'application de l'accord Suisse-UE³⁹.

16. Jusqu'à fin 2020, l'*ensemble* des adjudicateurs ont joui d'une exception prévue à l'Appendice I, Ann. 3, AMP 1994, selon laquelle l'accord ne s'appliquait pas aux marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers dans des **conditions de concurrence** dans le cadre d'une **activité exercée dans l'un des secteurs visés**. Toutefois, cette exception était applicable uniquement si l'entité adjudicatrice ne bénéficiait d'**aucun droit spécial ou exclusif** pour vendre ou louer l'objet de ces marchés et si d'autres entités

³⁴ Conformément à l'Appendice I, Ann. 2, ch. 2, AMP 2012, la Suisse s'engage à ce que ses autorités ou unités administratives centrales ou décentralisées du niveau des *districts* et des *communes* respectent les exigences de l'accord. Dans l'Appendice I, Ann. 7, ch. 1.1, let. a, elle *limite* le champ d'application de l'AMP 2012 aux entités adjudicatrices du niveau des *districts* et des *communes* qui font partie des *États membres de l'UE*, des *États de l'AELE* ou de l'*Arménie*.

³⁵ Cf. Appendice I, Ann. 7, ch. 2.1, let. b, AMP 2012.

³⁶ Cf. message du 15.2.2017 relatif à l'approbation du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics de l'OMC (cit. message sur l'AMP 2012), FF 2017 1899, ici 1947.

³⁷ Cf. Appendice I, Ann. 3, AMP 1994, dans lequel il n'est question que d'entités *publiques* opérant sur des marchés sectoriels.

³⁸ Cf. art. 6, al. 1, LApEI.

³⁹ Cf. art. 3, al. 7, et ann. VIII, let. f, de l'accord Suisse-UE.

pouvaient librement le vendre ou le louer aux mêmes conditions que l'entité adjudicatrice⁴⁰. 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*⁴¹. La revente ne s'opère par conséquent *pas* dans des conditions de concurrence, une des exigences requises pour invoquer l'exception. Les **adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels** n'étaient cependant pas soumis à l'AMP, en vertu de l'**exception générale prévue à l'Appendice I, Ann. 3, AMP 1994** relative à la passation de marchés concernant l'acquisition de courant (cf. ci-dessus, ch. 12). Ainsi, les marchés passés par ces adjudicateurs en matière d'approvisionnement énergétique, et donc les achats d'électricité effectués par les gestionnaires de réseau de distribution pour approvisionner les consommateurs finaux, **n'entraient pas dans le champ d'application de l'AMP jusqu'à fin 2020**.

17. Les **exceptions** applicables selon l'Appendice I, Ann. 3, AMP 1994 aux **achats d'électricité par des adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels** ne figurent plus dans l'AMP 2012. Elles ont été remplacées, dans le cas de la Suisse, par une nouvelle clause dérogatoire, prévue à l'Ann. 3 de la Suisse, selon laquelle les marchés attribués par les entités adjudicatrices dans le cadre d'une activité énumérée dans cette annexe sont **exclus** du champ d'application de l'AMP 2012, lorsque ladite activité est exposée à la **pleine concurrence** du marché. 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 concurrence⁴².

18. En revanche, les achats de biens destinés à la vente ou à la revente **dans le commerce** ne relèvent **en général** pas du champ d'application de l'AMP 2012⁴³. Ainsi, seule l'acquisition d'électricité par des gestionnaires de réseau de distribution destinée **uniquement** à la revente à des consommateurs finaux **libres** est exclue du champ d'application de l'AMP 2012, cette exception étant justifiée par la pression de la concurrence sur le marché en aval⁴⁴.

3.2 Dispositions de droit interne

3.2.1 Prise en considération des prescriptions du droit international public dans l'application du droit

19. L'art. 5, al. 4, de la Constitution (Cst.)⁴⁵ dispose que la Confédération et les *cantons* doivent respecter le droit international. La Suisse faisant partie des États de tradition moniste, le droit international y est *directement* applicable, sans qu'il soit nécessaire de le transposer dans l'ordre juridique interne⁴⁶. Une disposition de droit international est *directement* applicable (*self-executing*) lorsqu'elle se rapporte aux droits et obligations des particuliers et qu'elle est justiciable, c'est-à-dire suffisamment précise pour servir de fondement dans une décision relative à un cas d'espèce. Si elle s'adresse également aux autorités *chargées d'appliquer le droit*, alors ces dernières peuvent l'appliquer *directement*. À l'inverse, les dispositions de nature *programmatique* ou destinées à l'État dans son ensemble *ne sont pas d'application directe* (*non-self-executing*). Elles doivent être *transposées* par le *législateur national* (en

⁴⁰ Cf. Appendice I, Ann. 3, note 2, AMP 1994.

⁴¹ Cf. art. 6 et 22, al. 2, let. a et b, LApEI et art. 4 de l'ordonnance du 14.3.2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEI ; RS 734.71).

⁴² L'appréciation de l'exposition à la pleine concurrence d'une activité incombe non pas aux entités adjudicatrices, mais au Conseil fédéral ; cf. art. 7 AIMP 2019 ; message sur l'AMP 2012 (note 36), FF 2017 1899, ici 1949.

⁴³ Cf. art. II, par. 2, al. a)ii), AMP 2012.

⁴⁴ Message sur la révision de la LMP (note 21), FF 2017 1695, ici 1748.

⁴⁵ RS 101

⁴⁶ ATF 127 II 177 consid. 2c

général, par le Parlement), avant de pouvoir créer des droits et obligations pour des entités privées⁴⁷.

20. En principe, le droit international public prime le droit interne. Les autorités nationales doivent, dans la mesure du possible, interpréter les dispositions de droit interne *conformément au droit international*⁴⁸. Cette obligation, qui incombe à *tous* les organes étatiques de la Confédération, des cantons et des communes⁴⁹, concerne aussi bien le droit fédéral que le droit cantonal ou le droit communal⁵⁰.

21. État partie à l'AMP 2012, la Suisse a dû adapter sa législation aux dispositions de l'accord révisé⁵¹. L'AIMP 2019 met en œuvre les obligations découlant des accords internationaux sur les marchés publics et tient compte des modifications liées à la révision du droit fédéral et de l'AMP 2012. Plusieurs cantons ont d'ores et déjà engagé leur procédure d'adhésion à ce concordat. L'entrée en vigueur de l'AIMP 2019 requiert l'adhésion d'au moins deux cantons⁵². La version antérieure de l'AIMP reste applicable dans les cantons n'ayant pas adhéré au nouveau texte⁵³. Il y a lieu de supposer que les cantons finaliseront rapidement leur adhésion à l'AIMP 2019, d'autant qu'ils l'ont adopté à *l'unanimité* en novembre 2019⁵⁴.

22. Les dispositions de l'AMP 2012 concernant le *champ d'application* objectif et subjectif (art. II) et la procédure d'*appel d'offres* (art. VII) s'adressent *directement aux entités adjudicatrices*. Comme ces normes sont *directement applicables*⁵⁵, les entités adjudicatrices des cantons et des communes doivent d'ores et déjà s'y conformer, **avant même l'adhésion des cantons à l'AIMP 2019** et la transposition des nouvelles règles dans les ordres juridiques cantonaux et communaux. Le champ d'application du droit interne des marchés publics aux niveaux fédéral et cantonal ne peut pas être *plus restreint* que celui de l'AMP 2012. En revanche, la Confédération et les cantons ont toute la latitude pour *l'élargir*, sur le plan tant personnel que matériel, par rapport à celui des accords internationaux.

3.2.2 Champ d'application objectif

23. La doctrine et la jurisprudence suisses, de même que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁵⁶, considèrent l'**achat d'électricité** par un adjudicateur comme un **marché de fournitures**⁵⁷. Les marchés de fournitures, aussi bien au niveau fédéral qu'au

⁴⁷ *La relation entre droit international et droit interne*, rapport du Conseil fédéral du 5.3.2010 en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 16.10.2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20.11.2008 (cit. *La relation entre droit international et droit interne*), FF 2010 2067, ici 2089 : ATF 145 I 308 consid. 3.4.1 ; 140 II 185, consid. 4.2 ; 136 I 297 consid. 8.1 ; 133 I 286 consid. 3.2.

⁴⁸ Cf. art. 5, al. 3 et 4, Cst. ; *La relation entre droit international et droit interne*, FF 2010 2067, ici 2090.

⁴⁹ *La relation entre droit international et droit interne*, FF 2010 2067, ici 2106.

⁵⁰ *La relation entre droit international et droit interne*, FF 2010 2067, ici 2108.

⁵¹ Cf. art. XXII, par. 4, AMP 2012.

⁵² Cf. art. 65, al. 1, AIMP 2019.

⁵³ Cf. art. 65, al. 2, AIMP 2019.

⁵⁴ Communiqué de presse de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) du 18.11.2019 ; www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019 (1.3.2021).

⁵⁵ Message sur la révision de la LMP (note 21), FF 2017 1695, ici 1704 s. ; message sur l'AMP 2012 (note 36), FF 2017 1899, ici 1947 s. ; sur la question de l'applicabilité directe des dispositions de l'AMP 1994 et de l'AMP 2012, cf. URS SAXER, « Einführung in den internationalen Kontext », dans : Hans Rudolf Trüb (éd.), *Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2020 (cit. *Handbuch Beschaffungsrecht*), n° 16 ss.

⁵⁶ Arrêt de la CJUE C-393/92 du 27.4.1994, *commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, pt 28 ; arrêt de la CJUE C-448/01 du 4.12.2003, *EVN AG et Wienstrom GmbH contre Republik Österreich*.

⁵⁷ BEYELER, Geltungsanspruch (note 31), n°s 969 et 984 ; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd., Zurich 2013 (cit. GALLI/MOSER/LANG/STEINER), n° 219 ; arrêt du TAF B-8141/2015 du 30.8.2016 consid. 3.3.2.

niveau cantonal, sont soumis au droit des marchés publics⁵⁸, la LMP étant applicable aux marchés au niveau fédéral et la LMI, à ceux passés aux niveaux cantonal et communal⁵⁹. L'art. 5, al. 2, LMI prévoit que les **marchés publics de grande importance** portant sur des fournitures, des services ou des travaux *doivent* faire l'objet d'**appels d'offres** ; il interdit la discrimination des soumissionnaires **ayant leur siège en Suisse** dans le cadre de ces procédures.

24. D'un point de vue matériel, l'art. 5 LMI s'applique à *tous* les biens susceptibles de faire l'objet d'un marché public. La notion d'« öffentliche Beschaffung » de la LMI coïncide avec celle d'« öffentlicher Auftrag » (« marché public » dans les deux cas) ; c'est ce qui ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) et a été inscrit explicitement dans la LMP et l'AIMP 2019⁶⁰. Selon ces actes législatifs, il y a « marché public », lorsque les pouvoirs publics agissent en tant qu'acheteur sur le marché libre afin d'acquérir les ressources nécessaires à l'exécution de tâches publiques en contrepartie du paiement d'un prix ou d'une autre forme de compensation⁶¹. La LMI ne prévoit pas d'exception pour l'achat de courant en tant que marché public de fournitures. Le champ d'application matériel et personnel de l'art. 5 LMI est donc *plus large* que celui de l'AMP 1994. Par conséquent, la doctrine et la jurisprudence considèrent, selon le droit en vigueur jusqu'à fin 2020, que l'achat de courant était d'ores et déjà soumis à l'obligation de publier un appel d'offres en application de l'art. 5, al. 2, LMI, *indépendamment d'une éventuelle exception prévue par l'AMP 1994* (cf. ci-dessus, ch. 12)⁶².

25. L'AIMP et le droit cantonal doivent tenir compte des prescriptions du droit fédéral. En tant que *marché public de fournitures*, l'achat d'électricité entre dans le champ d'application de l'AIMP et de l'AIMP 2019⁶³. L'AIMP prévoit lui aussi que les marchés de fournitures qui atteignent les valeurs seuils doivent faire l'objet d'appels d'offres publics⁶⁴. Comme dans l'AMP 2012, seule l'acquisition de prestations destinées à être vendues ou revendues **dans le commerce** est exclue du champ d'application de l'AIMP⁶⁵. La doctrine considère que, bien que ce concordat ne le mentionne pas expressément, le droit *cantonal* doit également tenir compte de l'exclusion des **adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels** du champ d'application du droit des marchés publics, conformément à l'Appendice I, Ann. 3, AMP 1994 (cf. ci-dessus, ch. 15)⁶⁶. Cette exception ayant été supprimée par l'AMP 2012, il est juridiquement établi que, depuis le 1^{er} janvier 2021, les adjudicateurs cantonaux ou communaux ne doivent plus la prendre en considération dans le cadre de l'application du droit des marchés publics. Par ailleurs, l'AIMP ne s'applique pas lorsqu'un adjudicateur acquiert des prestations auprès d'un *fournisseur* disposant d'un **droit exclusif** de vendre lesdites prestations⁶⁷. Cette exclusion du champ d'application objectif existe d'ailleurs déjà dans l'AMP 2012 (cf. ci-dessus, ch. 13).

26. Il ressort de ce qui précède que les *achats d'électricité* effectués par un adjudicateur qui, en tant que *consommateur final*, *peut* choisir son fournisseur d'électricité sur le marché, relèvent du champ d'application objectif du droit des marchés publics et de la LMI (pour plus d'informations sur la relation entre les dispositions du droit des marchés publics et celles de la législation sur le marché intérieur et sur le libre choix du fournisseur accordé par la LAPeI aux

⁵⁸ Cf. art. 8, al. 2, let. b, LMP ; art. 6, al. 1, let. b, et art. 8, al. 2, let. b, AIMP.

⁵⁹ Cf. art. 5, al. 1, 1^{re} phrase, LMI.

⁶⁰ Cf. art. 8, al. 1, LMP et art. 8, al. 1, AIMP 2019.

⁶¹ ATF 135 II 49 consid. 4 ; 125 I 209 consid. 6b.

⁶² DIEBOLD/LUDIN (note 1), n° 61 ss. ; BEYELER, *Geltungsanspruch* (note 31), nos 987, 996 et 997 ss.

⁶³ Cf. art. 6, al. 1, let. b, AIMP ; art. 8, al. 2, let. b, AIMP 2019.

⁶⁴ Cf. art. 6, al. 1, let. b, art. 7, et ann. 1 et 2 AIMP ; art. 8, al. 2, let. b, et ann. 1 et 2 AIMP 2019.

⁶⁵ Cf. art. 10, al. 1, let. a, AIMP 2019.

⁶⁶ BEYELER, *Geltungsanspruch* (note 31), n° 571.

⁶⁷ Ce cas de figure est depuis peu explicitement prévu à l'art. 10, al. 2, let. a, AIMP 2019. Dans le droit en vigueur jusqu'à fin 2020, cette exception était déduite par la doctrine de l'art. 3, al. 3, LMI ; cf. DIEBOLD/LUDIN (note 1), n° 58.

consommateurs finaux ayant un droit d'accès au réseau : cf. ci-dessous, ch. 32 à 41). En outre, conformément à l'art. 5, al. 2, LMI et à l'AIMP, les *achats d'électricité* effectués par les gestionnaires de réseau de distribution *en vue d'assurer l'approvisionnement de base aux consommateurs finaux captifs* (qui ne peuvent pas choisir leur fournisseur) doivent faire l'objet d'appels d'offres publics.

3.2.3 Champ d'application subjectif

27. Le champ d'application subjectif de la LMI couvre les cantons, les communes et d'autres organes assumant des tâches cantonales et communales (cf. ci-dessus, ch. 8). Celui de l'art. 5 LMI doit être déterminé en fonction du droit international (AMP) et intercantonal (AIMP) des marchés publics⁶⁸. L'AIMP distingue les marchés « soumis aux accords internationaux » de ceux « non soumis aux accords internationaux ». S'agissant des *marchés soumis aux accords internationaux*, les *autorités* ainsi que les *unités administratives* centrales et *décentralisées* du niveau des **cantons**, des **districts** et des **communes**, y compris les *établissements de droit public*⁶⁹, sont soumises à l'AIMP pour autant qu'elles **n'exercent pas d'activités à caractère commercial ou industriel**. De même, sont soumises à ce concordat les autorités et les entreprises agissant en tant qu'**entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels** dans le cadre d'achats relevant de leur activité principale, comme l'approvisionnement énergétique, ainsi que d'autres entités adjudicatrices sur la base des accords internationaux correspondants⁷⁰. Par ailleurs, l'AIMP est applicable à des **entités privées assurant un service au public**. Outre les obligations découlant des accords internationaux, les cantons et communes doivent respecter les dispositions de la LMI. S'agissant des *marchés non soumis aux accords internationaux* (régis exclusivement par le droit interne), l'AIMP est applicable, d'une part, aux autres organes assumant des tâches cantonales et communales dans le cadre de leurs activités non commerciales et, d'autre part, aux biens et services dont plus de 50 % des coûts totaux sont subventionnés par des fonds publics⁷¹.

28. Ainsi, les cantons, les communes, les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels et les organes cantonaux et communaux assumant des tâches publiques qui achètent du courant pour leurs *propres besoins* font également partie du champ d'application subjectif du droit cantonal des marchés publics et de la LMI. Il en va de même des gestionnaires publics et privés de réseau de distribution chargés de l'approvisionnement de base dans leur zone de desserte, l'approvisionnement de base étant une tâche *publique*⁷². Enfin, les gestionnaires de réseau de distribution du secteur de l'approvisionnement énergétique sont considérés comme des entités adjudicatrices opérant sur des marchés sectoriels.

3.3 Synthèse

29. L'achat d'électricité est soumis, à titre de marché public de fournitures, aux accords internationaux sur les marchés publics, au droit interne des marchés publics et à l'art. 5 LMI.

30. Dès lors que les autorités cantonales ou communales, les unités administratives centrales ou décentralisées et les entités privées agissant en tant qu'organes assumant des tâches publiques sont en mesure d'acheter du courant pour leurs **propres besoins** sur le **marché libre**, elles sont considérées comme des entités adjudicatrices et sont donc *tenuës*,

⁶⁸ Cf. art. 5, al. 1, 1^{re} phrase, LMI.

⁶⁹ Selon la **définition figurant à l'Appendice I, Ann. 3, AMP 2012**, le terme « **établissement de droit public** » désigne tout organisme : (i) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ; (ii) doté d'une personnalité juridique, et (iii) dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

⁷⁰ Cf. art. 8, al. 1, AIMP et art. 4, al. 1 à 3, AIMP 2019.

⁷¹ Cf. art. 8, al. 2, AIMP et art. 4, al. 4, AIMP 2019.

⁷² ATF 144 III 111 consid. 5.2

pour leurs **achats d'électricité**, de **lancer un appel d'offres public**, conformément au droit international et interne des marchés publics ainsi qu'à l'art. 5 LMI. Les modifications apportées au droit interne à la suite de l'adoption de l'AMP 2012, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2021, *clarifient la situation juridique* en ce qu'elles permettent de conclure que les achats d'électricité effectués par des adjudicateurs pour leurs propres besoins doivent *incontestablement* faire l'objet d'appels d'offres publics si la valeur seuil pertinente selon le droit des marchés publics est atteinte et si aucune exception reconnue par la loi n'entre en ligne de compte. Le droit des marchés publics est applicable dès lors que le courant destiné aux consommateurs finaux concernés peut être acheté sur le marché *libre* et sert à l'exercice d'activités **non commerciales**. En revanche, il ne s'applique pas aux adjudicateurs qui ne disposent pas d'un droit d'accès au réseau en vertu de la LApEI. Dans ce cas, les consommateurs finaux en question sont fournis par le gestionnaire de réseau de distribution compétent, aux conditions de l'approvisionnement de base (pour plus de détails, cf. ci-dessous, ch. 32 à 41).

31. Par ailleurs, d'après le droit international et interne des marchés publics ainsi que l'art. 5 LMI, les **gestionnaires de réseau de distribution (publics comme privés)** ont l'*obligation* de publier un appel d'offres pour leurs **achats d'électricité destinés à la revente aux consommateurs finaux captifs dans le cadre de l'approvisionnement de base**. L'accord Suisse-UE étend le champ d'application de l'AMP 2012 aux gestionnaires *privés* de réseau de distribution dans les relations entre la Suisse et les États membres de l'UE. Seule l'électricité destinée à la revente à des consommateurs finaux sur le **marché libre** peut être achetée sans lancer d'appel d'offres⁷³. Par conséquent, le droit interne impose aux gestionnaires de réseau de distribution de lancer un appel d'offres lorsqu'ils achètent du courant en vue d'assurer l'approvisionnement de base des consommateurs finaux captifs, pour autant que la valeur seuil pertinente selon le droit des marchés publics soit atteinte et qu'aucune exception reconnue par la loi n'entre en ligne de compte.

4 Relation entre la législation sur l'approvisionnement en électricité et les dispositions de la LMI et du droit des marchés publics

4.1 Problématique

32. Les paragraphes qui suivent exposent plus en détail la relation entre, d'une part, les dispositions du droit international et interne des marchés publics et de la LMI et, d'autre part, les dispositions de la législation sur l'approvisionnement en électricité. En vertu de l'AMP 2012, de l'art. 5, al. 2, LMI et de l'AIMP, les adjudicateurs des cantons et des communes sont tenus de procéder à des appels d'offres publics lorsqu'ils achètent de l'électricité pour leur consommation propre, dès lors que la valeur du marché atteint la valeur seuil pertinente selon le droit des marchés publics (cf. ci-dessous, ch. 45) et qu'aucune exception reconnue par la loi n'entre en ligne de compte (cf. ci-dessous, ch. 55 à 62). En revanche, les consommateurs finaux libres dont la consommation annuelle est égale ou supérieure à 100 MWh ont, en vertu de la législation sur l'approvisionnement en électricité, le *droit de choisir* s'ils veulent continuer à bénéficier de l'approvisionnement de base ou s'ils souhaitent acheter leur courant auprès d'un fournisseur de leur choix sur le marché⁷⁴.

33. Se pose donc la question de savoir si, *malgré l'obligation, prévue aussi bien par le droit international et le droit interne des marchés publics que par la LMI, de lancer des appels*

⁷³ L'Association des entreprises électriques suisses (AES) est aussi d'avis que le droit des marchés publics s'applique aux achats effectués par les gestionnaires de réseau de distribution pour l'approvisionnement de base de leurs consommateurs finaux captifs, à tout le moins à partir du 1.1.2021 ; cf. AES, « Q&A öffentliches Beschaffungsrecht in der Energiebranche », 24.2.2020 (cit. AES, FAQ), p. 2 ; http://nbild.dsvnet.ch/gallery/130221104004831985/VSE_FAQ-Beschaffungsrecht_in_der%20Energiebranche_Stand_24022020.pdf (1.3.2021).

⁷⁴ Cf. art. 6 et 13 LApEI et art. 11, al. 2, OApEI ; arrêt du TF 2C_739/2010 du 6.7.2011 consid. 2.3.

d'offres pour les achats de courant en tant que marchés publics de fournitures, un adjudicateur disposant d'un droit d'accès au réseau est également autorisé, en vertu de l'art. 6 LApEI, à se fournir auprès du gestionnaire de réseau de distribution compétent, dans le cadre de l'*approvisionnement de base*, et s'il n'est pas forcément tenu de procéder à un appel d'offres public lorsqu'il achète du courant pour sa consommation propre. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si le *droit de choisir* dont bénéficient les consommateurs finaux libres en vertu de la LApEI prime l'obligation de lancer un appel d'offres public prévue par le droit des marchés publics.

4.2 Interprétation

34. Le but du droit des marchés publics est que l'*État* fasse ses achats de biens, de services et de travaux dans un environnement *concurrentiel*. Ainsi, la LMP et l'AIMP 2019 visent une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables, la transparence des procédures d'adjudication, l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires et, enfin, une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires⁷⁵. Contrairement aux acteurs économiques privés, l'État n'est pas exposé à la pression de la concurrence lorsqu'il acquiert des biens et des services sur le marché. Il est donc possible que l'État fonde son choix sur des considérations inopportunes plutôt que sur des critères économiques. Les instruments du droit des marchés publics compensent dans une certaine mesure l'absence de pression concurrentielle en obligeant l'État à lancer des appels d'offres publics pour ses achats. L'objectif de cette procédure est de garantir que le marché soit attribué à l'entreprise la plus efficace⁷⁶.

35. Dans certains cas de figure, les grandes villes et les cantons, qui ont souvent des parts dans une ou plusieurs EAE locales, ne sont pas incités, en tant qu'adjudicateurs, à se présenter *d'eux-mêmes* comme des consommateurs finaux sur le marché libre, sachant que les coûts de l'électricité servant à alimenter les établissements publics sont financés par l'argent des contribuables. En général, pour les consommateurs finaux bénéficiant d'un droit d'accès au réseau, l'électricité est plus chère dans le cadre de l'approvisionnement de base que sur le marché. Cette différence de prix vient souvent gonfler les bénéfices des gestionnaires de réseau de distribution et des fournisseurs historiques, notamment des EAE dans lesquelles les adjudicateurs ont des parts ou qui leur sont proches politiquement. Des EAE détenues en partie par des adjudicateurs pourraient donc verser à leurs propriétaires des dividendes résultant de livraisons de courant acheté avec l'argent des contribuables dans des conditions non conformes au marché. Cela irait à l'encontre des objectifs visés par le droit des marchés publics et serait contre-productif s'agissant du développement de la concurrence dans le domaine de l'approvisionnement en électricité.

36. Aux termes de son art. 1, al. 1, la LApEI a pour objectif de créer les conditions propres à assurer un approvisionnement en électricité sûr ainsi qu'un *marché de l'électricité axé sur la concurrence*. Le message relatif à la LApEI, qui date de fin 2004, indique que le but de la LApEI est d'assurer l'approvisionnement de base et la sécurité de l'approvisionnement, y compris dans un *contexte libéralisé*, avec une sécurité juridique pour les investissements. Il précise que des *incitations à une intensification de la concurrence* doivent être créées au titre de la sécurité de l'approvisionnement⁷⁷. Le message ne contient pas d'autre motif justifiant la mise en place de l'approvisionnement de base. Dans le projet de loi de l'administration, l'approvisionnement de base destiné aux consommateurs finaux captifs ne disposant pas d'un

⁷⁵ Cf. art. 2 LMP et art. 2 AIMP 2019.

⁷⁶ Cf. « Empfehlung vom 30.6.2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts (Art. 5 BGBM) », DPC 2014/2, p. 446, n° 26 ; DIEBOLD/LUDIN (note 1), n° 30 ; cf. également AES, FAQ (note 73), p. 1.

⁷⁷ Message du 3.12.2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (cit. message relatif à la LApEI), FF 2005 1493, ici 1500.

accès au réseau était limité aux *ménages*⁷⁸, ce qui était probablement lié au fait que l'approvisionnement de base visait à garantir que les petits ménages, dont la consommation est proportionnellement faible et qui sont donc moins intéressants pour le marché (en particulier dans les régions périphériques), ait au moins *un* fournisseur pour les alimenter en électricité à des conditions raisonnables (aspect de la sécurité de l'approvisionnement). En revanche, il y a lieu de supposer que les entités adjudicatrices trouveront toujours un tel fournisseur d'électricité aux conditions du marché, même sans que l'approvisionnement de base ne le leur garantisse, notamment en raison de leur solvabilité généralement très bonne et des parts qu'elles peuvent détenir dans des EAE (directement ou via des filiales). *Par conséquent, les entités adjudicatrices n'ont pas besoin de la protection offerte par l'approvisionnement de base.*

37. Les autorités cantonales et communales sont également tenues d'interpréter le droit cantonal et communal en conformité avec le droit international (cf. ci-dessus, ch. 20). Les adjudicateurs bénéficiant d'un *droit d'accès au réseau* qui achètent du courant pour leurs propres besoins ont ainsi l'obligation de publier des appels d'offres en vertu de dispositions *directement applicables* de l'AMP 2012, en vigueur en Suisse depuis le 1^{er} janvier 2021 (cf. ci-dessus, ch. 22). Dans le cas où une interprétation conforme au droit international serait impossible, ces prescriptions de droit international public primeraient la règle interne fixée à l'art. 6 LApEI (cf. ci-dessus, ch. 19). Ni le droit interne ni le droit international des marchés publics ne prévoient d'exclusion du champ d'application du droit des marchés publics lorsque l'adjudicateur *peut* acheter de l'électricité destinée à l'exercice d'activités non commerciales sur le marché libre (cf. ci-dessus, ch. 10 ss. et 23 ss.). L'art. 6 LApEI donne aux consommateurs finaux dont la consommation annuelle est égale ou supérieure à 100 MWh la *possibilité* de s'approvisionner en courant auprès d'un fournisseur de leur choix. Par contre, *aucune disposition de la LApEI ne dispense les adjudicateurs publics disposant d'un droit d'accès au réseau de l'obligation de publier des appels d'offres.* Ainsi, le droit international public et interne des marchés publics et la législation sur l'approvisionnement en électricité peuvent être appliqués *en parallèle*.

38. Si l'*Assemblée fédérale* vient à déroger **intentionnellement** au droit international public, cette décision est contraignante pour le TF en vertu de la « jurisprudence Schubert », pour des raisons de séparation des pouvoirs⁷⁹. Si, lors de la transposition des dispositions de l'AMP dans le droit interne, le législateur fédéral avait voulu permettre aux adjudicateurs qui *peuvent* acheter l'électricité sur le marché libre sur la base de la LApEI de se fournir auprès du gestionnaire de réseau de distribution compétent sans organiser d'appel d'offres public, dans le cadre de l'approvisionnement de base, il l'aurait inscrit expressément dans la loi, ou aurait tout du moins abordé la question lors des délibérations parlementaires ayant précédé le vote sur l'adoption de la LMP révisée et l'approbation de l'AMP 2012. Tel n'a toutefois pas été le cas. Une interprétation de l'art. 6 LApEI conforme au droit international est donc possible ; les entités adjudicatrices chargées d'appliquer le droit dans les cantons et les communes *ont l'obligation* d'interpréter le droit interne conformément au droit international (cf. ci-dessus, ch. 19 s.).

39. Par ailleurs, il serait en soi *contradictoire* que le libre choix accordé par la LApEI aux adjudicateurs en tant que consommateurs finaux disposant d'un droit d'accès au réseau prime le droit international et interne des marchés publics. Cela créerait de *mauvaises incitations* pour le marché de l'électricité *axé sur la concurrence*. En cas de primauté de la LApEI, un adjudicateur ayant antérieurement *fait usage* de son droit d'accès au réseau en tant que consommateur final pourrait être soumis à l'obligation de publier des appels d'offres, car la LApEI ne permet pas aux consommateurs finaux de revenir à l'approvisionnement de base

⁷⁸ Message relatif à la LApEI (note 77), FF 2005 1493, ici 1529 ; arrêt du TF 2C_739/2010 du 6.7.2011 consid. 2.4.

⁷⁹ Font exception certaines normes de droit international public relatives aux droits fondamentaux, comme celles figurant dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ; RS 0.101).

après avoir accédé au marché libre (principe « *once free, always free* »)⁸⁰. À l'inverse, un consommateur final libre, qui bénéficie de l'approvisionnement de base depuis 2008 après avoir renoncé à son droit d'accès au réseau, ne pourrait *pas* être forcé d'acheter sur le marché. Cette interprétation aboutirait à un résultat insatisfaisant, car elle reviendrait à récompenser les adjudicateurs qui, après l'entrée en vigueur de la LApEI, ont choisi de continuer à se fournir dans le cadre de l'approvisionnement de base, à un prix généralement plus élevé que celui du marché libre, en leur permettant d'échapper à l'obligation de lancer des appels d'offres pour leurs achats d'électricité.

40. DIEBOLD/LUDIN sont aussi d'avis que le libre choix prévu par la LApEI n'a aucune incidence sur l'obligation des adjudicateurs de publier des appels d'offres pour leurs achats de courant. Ils considèrent que la LApEI et le droit des marchés publics ne s'excluent pas mutuellement et que, au contraire, le droit des marchés publics complète la LApEI, dans la mesure où celui-ci garantit que *la concurrence créée par la législation sur l'approvisionnement en électricité se concrétise également dans le domaine des marchés publics*. De plus, cette interprétation est étayée par le fait que la LApEI elle-même ne contienne aucune disposition spéciale relative aux marchés publics. D'après ces auteurs, l'ouverture partielle du marché prévue par la LApEI a pour but de créer un marché entre les fournisseurs d'électricité et les gros clients, et l'obligation faite aux gestionnaires de réseau de distribution de leur garantir un accès au réseau favorise la concurrence entre les fournisseurs. La LApEI ne va ainsi à l'encontre du droit des marchés publics que dans la mesure où elle *interdit* aux consommateurs finaux *captifs* d'accéder au réseau⁸¹. Par ailleurs, ZUFFEREY/SEYDOUX estiment également que le droit des marchés publics impose aux pouvoirs publics de lancer un appel d'offres dès lors que l'adjudicateur est un consommateur final *disposant d'un droit d'accès au réseau* en vertu de la LApEI, car c'est (uniquement) dans ce cas qu'il existe une situation de concurrence. Dans ce contexte, ils considèrent le *droit des marchés publics* comme une *lex specialis* par rapport à la LApEI, en ce qui concerne le choix accordé aux consommateurs finaux libres⁸².

4.3 Synthèse

41. Le libre choix du fournisseur prévu à l'art. 6 LApEI permet aux consommateurs finaux disposant d'un droit d'accès au réseau de continuer d'acheter leur électricité dans le cadre de l'approvisionnement de base auprès du gestionnaire de réseau de distribution compétent. Toutefois, il ne saurait dispenser les adjudicateurs de leur *obligation, conformément au droit international et interne des marchés publics et à la LMI, de procéder à des appels d'offres lorsqu'ils achètent de l'électricité pour leur consommation propre*, si la valeur seuil pertinente est atteinte et qu'aucune exception reconnue par la loi n'entre en ligne de compte.

5 Calcul de la valeur du marché en vue de déterminer le type de procédure d'adjudication et obligation de publication

5.1 Généralités concernant le calcul de la valeur du marché et les valeurs seuils

42. S'agissant de l'achat de courant, il convient de se demander si l'entité adjudicatrice est autorisée à **diviser le marché**, notamment en passant des marchés distincts pour chacune des prestations à acquérir (électricité grise, plus-value écologique, autres services liés à l'acquisition d'électricité, p. ex.). Cette question doit être examinée au cas par cas⁸³. Si

⁸⁰ Cf. art. 11, al. 2, LApEI et arrêt du TF 2C_739/2010 du 6.7.2011 consid. 4.5.

⁸¹ DIEBOLD/LUDIN (note 1), n° 27 ss.

⁸² Cf. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/MATTHIEU SEYDOUX, « Commande d'électricité par les collectivités publiques : assujettissement au droit des marchés publics ? », DC 4/2020, p. 181 ss., p. 182 s.

⁸³ Cf. p. ex. courrier du Secrétariat de la COMCO adressé le 12.12.2019 au Conseil municipal de la ville de Berne, « Einschätzung des beabsichtigten Beschaffungsmodells bei der Stromversorgung

plusieurs **marchés** sont **du même type** et nécessairement liés, par exemple en cas de subdivision du marché en lots, la valeur du marché est déterminée sur la base de la **valeur totale cumulée**, étant donné qu'un marché public ne peut être fractionné afin de contourner l'applicabilité d'une procédure d'adjudication de niveau supérieur ou de rester en deçà de la valeur seuil pertinente (**interdiction du « saucissonnage »**). Le fractionnement du marché peut être illicite même sans intention de l'adjudicateur ; il suffit qu'il ait pour *effet* d'échapper aux valeurs seuils⁸⁴.

43. Souvent, les **contrats de fourniture d'électricité** conclus par les adjudicateurs ont une **durée de plusieurs années**. Il arrive que des adjudicateurs soient approvisionnés en électricité depuis de nombreuses années par le même fournisseur, avec lequel ils entretiennent des relations juridiques ou politiques étroites. Dans le cas d'un contrat de **durée déterminée**, la valeur du marché correspond à la somme des paiements à effectuer pendant la période contractuelle convenue, même si le contrat prévoit la possibilité d'une résiliation anticipée⁸⁵. Dans le cas d'un contrat de **durée indéterminée**, elle est obtenue en multipliant par 48 la rémunération mensuelle estimée⁸⁶. En principe, le contrat ne peut pas être conçu de manière à exclure excessivement longtemps les autres fournisseurs du marché. Par conséquent, les prestations contractuelles devraient faire l'objet d'une nouvelle procédure d'adjudication à la fin de l'échéance du contrat, mais **au plus tard** après **48 mois**. Du point de vue du droit des marchés publics, la conclusion de contrats de durée indéterminée doit rester l'exception⁸⁷.

44. S'agissant des **valeurs seuils** applicables aux **marchés non soumis aux accords internationaux**, de nombreux actes normatifs cantonaux renvoient au tableau figurant à l'ann. 2 AIMP. Une partie des cantons et des communes ont fixé des valeurs seuils *inférieures* à celles fixées à l'ann. 2 AIMP pour les marchés passés par tout ou partie des adjudicateurs situés sur leur territoire. Conformément aux valeurs seuils de l'AIMP, **l'achat d'électricité effectué par un adjudicateur pour ses propres besoins peut** faire l'objet d'une procédure de gré à gré si la valeur du marché est inférieure à 100 000 francs et d'une procédure sur invitation si la valeur du marché est comprise entre 100 000 et 250 000 francs. Il doit faire l'objet d'un appel d'offres dès lors que la valeur du marché est supérieure à 250 000 francs. Dans l'AIMP 2019, la valeur seuil permettant le recours à la procédure de gré à gré pour les marchés de fournitures a été relevée de 100 000 à 150 000 francs afin de l'aligner sur la valeur seuil applicable au niveau fédéral en vertu de la LMP⁸⁸. L'applicabilité de cette nouvelle valeur seuil requiert l'*adhésion* à l'AIMP 2019⁸⁹.

45. Les **achats d'électricité par les adjudicateurs publics pour leur consommation propre** sont incontestablement soumis à l'AMP 2012 (cf. ci-dessus, ch. 30). Pour les marchés de fournitures soumis aux accords internationaux, la valeur seuil à partir de laquelle les cantons et les communes ont l'obligation de lancer un appel d'offres public s'élève à 350 000 francs⁹⁰. Conformément à l'art. 5, al. 2, LMI, qui prescrit l'obligation de publier les

von BERNMOBIL » (cit. courrier du Secrétariat de la COMCO à la ville de Berne), pp. 12 s. et 15 s. ; www.comco.admin.ch > Jurisprudence > Jurisprudence Marché intérieur > Marchés publics > COMCO (1.3.2021).

⁸⁴ Cf. art. II, par. 6, AMP 2012 ; art. 15, al. 2, AIMP 2019 ; art. 15, al. 2, LMP ; message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 50 s.

⁸⁵ Cf. art. 15, al. 4, AIMP 2019 ; art. 15, al. 4, LMP ; message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 50 s.

⁸⁶ Cf. art. II, par. 8, al. b), AMP 2012 ; art. 15, al. 5, AIMP 2019 ; art. 15, al. 5, LMP.

⁸⁷ Cf. message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 51.

⁸⁸ Cf. message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 13.

⁸⁹ Cf. AiMp, « Communication : valeurs seuils AIMP pour les années 2020/2021 », 11.11.2019 ; www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/fr/konkordate/ivoeb/Schwellenwerte/F_Rundschreiben_Schwellenwerte_2020_und_2021.pdf (1.3.2021).

⁹⁰ Cf. valeurs seuils figurant à l'Appendice I, Ann. 1 à 3, AMP 2012 ; art. 9, par. 4, al. a), AMP 2012 ; art. 12 AIMP. L'ann. 1, art. 1, AIMP est applicable aux adjudicateurs **cantonaux** soumis à l'AMP et l'ann. 1, art. 2, AIMP aux adjudicateurs **communaux** relevant du champ d'application de l'accord

projets de **marchés publics de grande importance** portant sur des fournitures, des services ou des travaux, les cantons lancent des appels d'offres publics dès que la **valeur du marché atteint au moins 250 000 francs**, comme dans le cas des marchés régis exclusivement par le droit interne⁹¹. En fixant, dans l'AIMP, des valeurs seuils inférieures à celles des accords internationaux, les cantons ont concrétisé la notion de « marchés publics de grande importance »⁹².

46. S'agissant de l'**acquisition d'électricité effectuée par des gestionnaires de réseau de distribution**, en tant qu'adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels, pour assurer l'**approvisionnement de base des consommateurs finaux captifs**, la valeur seuil applicable aux marchés soumis aux accords internationaux est de 700 000 francs (cf. ci-dessus, ch. 15 ss.)⁹³. Selon l'art. 5, al. 2, LMI, les gestionnaires de réseau de distribution soumis aux accords internationaux sont tenus d'organiser des appels d'offres publics pour les achats d'électricité destinés à l'approvisionnement de base des consommateurs finaux, dès lors que la **valeur du marché est égale ou supérieure à 250 000 francs**⁹⁴.

5.2 Pertinence des dispositions de la législation sur l'approvisionnement en électricité pour le calcul de la valeur du marché s'agissant de l'électricité achetée par des adjudicateurs pour leurs propres besoins

47. Les adjudicateurs pouvant choisir librement leur fournisseur d'électricité sont soumis au droit des marchés publics et à la LMI (cf. ci-dessus, ch. 30). L'existence d'un droit d'accès au réseau doit être appréciée à l'aune des dispositions de la législation sur l'approvisionnement en électricité. Les consommateurs finaux libres, dont la consommation annuelle d'électricité est égale ou supérieure à 100 MWh, peuvent s'approvisionner sur le marché libre. Si leur consommation de courant n'atteint pas ce seuil, les adjudicateurs sont fournis, comme les autres consommateurs finaux captifs, par le gestionnaire de réseau compétent dans le cadre l'approvisionnement de base ; comme il n'y a pas d'appel d'offres public dans ce cas, déterminer la valeur du marché n'est pas nécessaire. Si le seuil des 100 MWh est atteint, l'adjudicateur doit calculer la valeur du marché au moyen d'une estimation consciencieuse en vue de déterminer le type de procédure applicable⁹⁵.

48. Étant donné que le droit d'accès au réseau dépend de la quantité d'électricité consommée, il s'agit d'identifier les critères qui, conformément à la législation sur l'approvisionnement en électricité, s'appliquent à la consommation d'un adjudicateur soumis au droit des marchés publics. Sont réputés *libres* les consommateurs finaux utilisant au moins 100 MWh d'électricité *par site de consommation*⁹⁶. Le calcul doit être basé sur la consommation annuelle des douze mois précédant le dernier relevé effectué⁹⁷. En outre, les *regroupements dans le cadre de la consommation propre* dont la consommation annuelle est supérieure à 100 MWh ont aussi la possibilité d'acheter leur électricité sur le marché libre ; ils sont considérés comme *un seul* consommateur final⁹⁸. Un site de consommation désigne le lieu d'activité d'un consommateur final qui constitue une *unité économique et géographique* et qui présente sa *propre*

Suisse-UE (cf. ci-dessus, ch. 11). L'adhésion d'un canton à l'AIMP 2019 n'a aucune incidence sur la valeur seuil de 350 000 francs ; cf. ann. 1, let. a et b, AIMP 2019.

⁹¹ Cf. message sur la révision de la LMP (note 21), FF 2017 1695, ici 1708.

⁹² Cf. THOMAS M. FISCHER ; dans : *Handbuch Beschaffungsrecht* (note 55), n° 6 ad art. 16.

⁹³ Cf. ann. 1, art. 1, AIMP ; ann. 1, let. a, AIMP 2019.

⁹⁴ Cf. également AES, FAQ (note 73), p. 2, selon laquelle les achats d'électricité en vue de l'approvisionnement de base des consommateurs finaux captifs doivent faire l'objet d'un appel d'offres.

⁹⁵ Cf. art. II, par. 2, al. c), AMP 2012 ; message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 50.

⁹⁶ Cf. art. 13, al. 1, et art. 6, al. 2 et 6, LApEI.

⁹⁷ Cf. art. 11, al. 2, OApEI.

⁹⁸ Cf. art. 18, al. 1, de la loi du 30.9.2016 sur l'énergie (LEne ; RS 730.0).

consommation annuelle effective, *indépendamment du nombre de ses points d'injection et de soutirage* (art. 11, al. 1, OApEI). Il y a unité économique lorsqu'un consommateur final a plusieurs structures *juridiquement* indépendantes (*personnalité juridique propre*). Un regroupement *arbitraire* de différents organismes dans le but d'acheter de l'électricité (« *client multisite* ») n'est pas suffisant. Le critère de l'unité géographique exige le *voisinage* des différents bâtiments et installations du site de consommation⁹⁹.

49. En conclusion, pour déterminer si la valeur seuil est atteinte, il y a lieu, compte tenu de la législation sur l'approvisionnement en électricité, de comptabiliser *séparément* la consommation d'électricité des adjudicateurs dotés d'une *personnalité juridique propre*. À l'inverse, il convient d'additionner la consommation des organismes juridiquement *dépendants* faisant partie de la *même unité économique*, tels que plusieurs offices de l'administration centrale qui occupent différents bâtiments situés à proximité immédiate.

5.3 Possibilité de déroger à l'obligation d'organiser un appel d'offres public en cas d'achat sur une bourse de marchandises

50. Il est exceptionnellement possible de se passer d'un appel d'offres public et d'attribuer un marché de gré à gré si l'acquisition est effectuée par l'intermédiaire d'une bourse de marchandises *efficace* ; le prix de l'électricité doit être fixé *en tenant compte de l'offre et de la demande au moment voulu*. L'admissibilité de la procédure d'adjudication de gré à gré tient au fait qu'une *plateforme de négoce* respecte *par définition* le principe de concurrence. En effet, une bourse de marchandises est conforme aux principes fondamentaux du droit des marchés publics, selon lesquels le prix d'une marchandise doit être formé par le jeu de la concurrence sur un marché *transparent* et ouvert au *plus grand nombre possible* d'acteurs économiques¹⁰⁰. Cette exception est explicitement mentionnée dans l'AMP et, plus récemment, dans l'AIMP 2019¹⁰¹.

51. Les **achats par l'intermédiaire d'une bourse de l'électricité** peuvent être effectués sans appel d'offres public à condition, d'une part, que les transactions soient *effectivement* réalisées par le prestataire pour le compte de l'adjudicateur et qu'elles débouchent sur une livraison *physique* et, d'autre part, que l'adjudicateur paie le prix du marché boursier, déterminé *dans des conditions de concurrence*¹⁰². Dans une telle situation, les *services fournis à titre onéreux* par le prestataire en lien avec l'achat en bourse et dont la valeur dépasse le prix du marché boursier doivent faire l'objet d'un appel d'offres public si la valeur seuil est atteinte¹⁰³.

52. En pratique, les adjudicateurs continuent, pour leurs achats de courant, de conclure de nombreuses transactions sans passer par une bourse de l'électricité. Par « **commerce de gré à gré** » (*over-the-counter*, OTC), on entend le commerce direct, *hors bourse*, sans instance intermédiaire ni service de clearing. Dans ce contexte, l'adjudicateur peut exceptionnellement renoncer à lancer un appel d'offres public si *toutes* les conditions de l'exception permettant passer par une bourse de marchandises sont remplies. Il faut, entre autres, que l'achat d'électricité s'effectue sur une *plateforme de négoce*, de manière *anonyme*, sans que les partenaires contractuels potentiels ne connaissent l'identité de l'autre partie¹⁰⁴, et que les exigences de transparence applicables aux bourses soient respectées. Afin de remplir les conditions requises, il faudrait également assurer qu'un maximum d'agents économiques aient accès à la plateforme et y participent *effectivement*. Ces exigences doivent impérativement être réunies pour que le prix de l'électricité puisse être considéré comme fixé *dans des*

⁹⁹ Cf. rapport explicatif du 27.6.2007 sur le projet de l'OApEI soumis à la consultation (en allemand uniquement), p. 7.

¹⁰⁰ Cf. courrier du Secrétariat de la COMCO à la ville de Berne (note 83), p. 7.

¹⁰¹ Cf. art. XV, par. 1, al. h), AMP 1994 et art. 13, par. 1, al. e), AMP 2012 ; art. 21, al. 2, let. g, AIMP 2019.

¹⁰² Cf. courrier du Secrétariat de la COMCO à la ville de Berne (note 83), p. 7 s.

¹⁰³ Cf. courrier du Secrétariat de la COMCO à la ville de Berne (note 83), p. 15 ss.

¹⁰⁴ AES, FAQ (note 73), p. 6, « Sachverhalt 5 ».

conditions de concurrence. L'obligation de motiver et de documenter l'exception incombe à l'adjudicateur qui en fait usage¹⁰⁵.

5.4 Obligation de publication

53. Dans les procédures ouvertes ou sélectives, l'adjudicateur publie l'avis préalable, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sur une plateforme internet pour les marchés publics exploitée conjointement par la Confédération et les cantons¹⁰⁶. En pratique, ces informations sont publiées sur simap.ch.

54. Le recours à la procédure de gré à gré n'est pas laissé à la discrétion de l'entité adjudicatrice. Il est, au contraire, régi par des règles précises ; les prescriptions pertinentes du droit international public et du droit interne doivent être respectées¹⁰⁷. Les adjudicateurs sont notamment tenus de publier les adjudications *de gré à gré* des marchés soumis aux accords internationaux¹⁰⁸. S'agissant de l'acquisition d'électricité soumise à l'AMP 2012 (cf. ci-dessus, ch. 10 ss.), les marchés adjugés de gré à gré doivent être publiés lorsque la valeur seuil de la procédure ouverte ou sélective est atteinte¹⁰⁹, afin de permettre aux concurrents potentiels de l'adjudicataire de déposer un recours.

6 Exceptions à l'application du droit des marchés publics

55. La LMP comme l'AIMP énumèrent les cas de figure dans lesquels le droit des marchés publics ne s'applique pas. Ces listes sont matériellement identiques et *exhaustives*. Toutes les exceptions sont aussi prévues par les accords internationaux en matière de marchés publics ou résultent d'une réserve émise par la Suisse lors de son adhésion à ces derniers¹¹⁰. Étant donné que la procédure de gré à gré permet de contourner l'obligation de publier un appel d'offres, la décision d'y recourir ne doit pas être prise à la légère et doit rester l'exception. Il convient dans ce cas de procéder à une *interprétation restrictive*¹¹¹. Même si la LMP et l'AIMP ne le prévoient pas expressément, les adjudicateurs des cantons et des communes sont soumis à l'obligation générale d'établir une documentation, de motiver leurs décisions et d'établir des comptes. La documentation doit notamment permettre de comprendre les raisons justifiant le recours à une exception au champ d'application du droit des marchés publics¹¹². Les exceptions potentiellement pertinentes pour les achats d'électricité sont brièvement présentées ci-après.

6.1 Adjudication de marchés *in-house*

56. On parle de « marché *in-house* » lorsqu'un adjudicateur public attribue un marché soumis au droit des marchés publics *en interne*, c'est-à-dire au sein de la *même* personne juridique ou collectivité publique (en d'autres termes, l'adjudicateur et l'adjudicataire appartiennent à une seule et même entité juridique). Dans ce cas, la prestation est *entièrement fournie*

¹⁰⁵ Pour chaque marché passé de gré à gré, l'adjudicateur est tenu de dresser un procès-verbal dès que la valeur du marché dépasse la valeur seuil applicable à la procédure de gré à gré. Il doit notamment indiquer les circonstances et conditions justifiant le recours à la procédure de gré à gré plutôt qu'à une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ; art. XIII, par. 2, AMP 2012 ; art. 21, al. 3, AIMP 2019 ; message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 59.

¹⁰⁶ Cf. art. VII, par. 1, AMP 2012 ; art. 48, al. 1, 1^{re} phrase, AIMP 2019.

¹⁰⁷ Cf. message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 52.

¹⁰⁸ Cf. art. 48, al. 1, 2^e phrase, AIMP 2019.

¹⁰⁹ PHILIP WALTER, dans : *Handbuch Beschaffungsrecht* (note 54), n° 5 ad art. 48.

¹¹⁰ Cf. message sur la révision de la LMP (note 21), FF 2017 1695, ici 1748 ss.

¹¹¹ Concernant le droit fédéral : cf. arrêt du TAF B-1570/2015 du 7.10.2015 consid. 2.1 et les références ; cf. également arrêt de la CJUE C-337/05 du 8.4.2008, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, pt 57 ss.

¹¹² FELIX TUCHSCHMID, dans : *Handbuch Beschaffungsrecht* (note 54), n° 35 ad art. 10.

au sein de la sphère étatique et il n'y a pas d'achat sur le marché¹¹³. Si ce cas particulier est depuis peu explicitement mentionné dans la LMI et l'AIMP 2019¹¹⁴, il était d'ores et déjà reconnu par la doctrine et la jurisprudence¹¹⁵.

57. Ainsi, le droit des marchés publics ne s'applique pas lorsqu'un établissement juridiquement dépendant d'une autorité communale assure l'approvisionnement de cette commune en courant.

6.2 Adjudication de marchés quasi *in-house*

58. L'adjudication de marchés « quasi *in-house* » ne relève pas du champ d'application du droit des marchés publics. Cette exception est désormais explicitement prévue, tant par la LMP que par l'AIMP 2019¹¹⁶. Selon le message type sur l'AIMP 2019, cette règle codifie les principaux éléments et considérants de cette pratique, qui a été précisée par la CJUE dans une série d'arrêts¹¹⁷. Se fondant sur la législation de l'UE¹¹⁸ et la jurisprudence de la CJUE depuis l'arrêt *Teckal*¹¹⁹, la doctrine et la jurisprudence dominantes de la Suisse en matière de droit des marchés publics considèrent que *trois* conditions doivent être *cumulativement* réunies pour qu'un marché soit considéré comme quasi *in-house*¹²⁰ :

- 1) L'adjudicateur exerce *seul* sur l'adjudicataire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, dans la mesure où sa participation lui permet de le contrôler sur le plan du capital ou du personnel (« critère du contrôle »).
- 2) L'activité essentielle de l'adjudicataire s'exerce au profit de l'adjudicateur (« critère de l'activité »).
- 3) *Aucune entité privée* n'est autorisée à détenir des parts dans l'adjudicataire ; cette prérogative est réservée aux pouvoirs publics.

¹¹³ DIEBOLD/LUDIN (note 1), n° 95 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 57), n° 250 s. ; BEYELER, *Geltungsanspruch* (note 31), n°s 1145 ss. et 1151 s. ; message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 40 ; « Expertise du 1.12.2014 à l'intention de l'Office fédéral de la justice relative au projet « eOperations Schweiz », DPC 2014/4, p. 788, n° 29.

¹¹⁴ Cf. art. 10, al. 2, let. c, AIMP 2019 ; cf. également Appendice I, Ann. 7, ch. 2.1, let. a, AMP 2012 ; MARTIN BEYELER, « Staatsbetriebe : Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergaberecht », *Jusletter* du 22.12.2014, n°s 36 ss., 54 et 56 ss.

¹¹⁵ Cf. p. ex. ATAF 2011/17, consid. 2 ; arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2006.00145 du 5.4.2006, en particulier consid. 1.2 ; MARTIN BEYELER, « Inhouse & Co. : Zuhause ist es am schönsten », *Kriterium*, n° 39, juin 2015, p. 2 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 57), n° 250 s.

¹¹⁶ Cf. art. 12, al. 3, let. c, LMI et art. 10, al. 2, let. d, AIMP 2019.

¹¹⁷ Bien que les développements ultérieurs de la jurisprudence de l'UE ne soient pas contraignants s'agissant de l'interprétation de la disposition, ils ne doivent pas pour autant être négligés ; cf. message type sur l'AIMP 2019 (note 26), p. 40.

¹¹⁸ Cf. art. 12 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et art. 28 de la directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

¹¹⁹ Arrêt de la CJUE C-107/98 du 18.11.1999, *Teckal*, pt 50, confirmé par l'arrêt de la CJUE C-553/15 du 8.12.2016, *Undis Servizi Srl contre Comune di Sulmona*, pt 6.

¹²⁰ Cf. à ce sujet BEYELER, *Geltungsanspruch* (note 31), n°s 1145 ss. et 1222 ss. ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 57), n° 252 s. ; arrêt de la CJUE C-340/04 du 11.5.2006, *Carbotermo Spa et Consortio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA*, pts 36 et 38 ; arrêt du Tribunal administratif d'Argovie WBE.2012.159 du 1.7.2013 consid. II/2.1 s. ; arrêt du Tribunal cantonal vaudois GE.2007.0013 du 6.11.2009 consid. 3a ; arrêt du Tribunal cantonal vaudois MPU.2011.0020 du 16.3.2012 consid. 6b ; arrêt du Tribunal administratif d'Argovie WBE.2012.159 du 1.7.2013 consid. 2.1 et 2.2 ; arrêt du Tribunal cantonal du Valais A1 09 163 du 3.12.2009 consid. 4.2 s. ; « Expertise du 1.12.2014 à l'intention de l'Office fédéral de la justice relative au projet « eOperations Schweiz », DPC 2014/4, p. 788, n° 29.

59. Dans le cas des achats d'électricité, cette exception ne peut guère être invoquée, dans la mesure où, le plus souvent, le *critère de l'activité* (pour ne citer que celui-là) n'est pas rempli. En effet, les EAE contrôlées par l'État ne fournissent généralement pas l'essentiel de leur courant à un adjudicateur donné.

6.3 Adjudication de marchés *in-state*

60. L'AMP 2012 prévoit une exception pour l'adjudication de marchés *in-state* : il n'est pas applicable lorsque l'adjudicataire entre lui-même dans le champ d'application subjectif du droit des marchés publics (en tant qu'adjudicateur). Cette exception n'est assortie d'aucune autre condition¹²¹. Les États parties à l'AMP sont libres de soumettre ce type d'adjudication à des exigences plus strictes.

61. La Suisse a fait usage de cette possibilité. Conformément à la LMP entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021 et à l'AIMP 2019, le droit des marchés publics ne s'applique pas lorsqu'un adjudicataire *juridiquement indépendant* entre dans le champ d'application subjectif de la loi ou du concordat et fournit des prestations pour lesquelles il n'est *pas en concurrence avec des fournisseurs privés*¹²². Pour pouvoir déroger à l'obligation de lancer un appel d'offres, il faut que *la concurrence ne soit pas faussée* et que le marché *in-state* puisse être conclu dans le respect de la neutralité concurrentielle¹²³.

62. Par exemple, si une EAE soumise au droit des marchés publics en qualité d'adjudicateur fournit de l'électricité à un adjudicateur *tout en vendant du courant* à des clients *privés aux conditions du marché*, l'exception du marché *in-state* n'est pas applicable.

¹²¹ Cf. Appendice I, Ann. 7, ch. 2.1, let. a, AMP 2012.

¹²² Cf. art. 10, al. 3, let. b, LMP et art. 10, al. 2, let. b, AIMP 2019.

¹²³ GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 57), n° 256 ; FELIX TUCHSCHMID, dans : *Handkommentar Beschaffungsrecht* (note 55), n° 38 ad art. 10.

7 Recommandations

64. En résumé et sur la base des considérants qui précèdent, la Commission de la concurrence parvient aux conclusions suivantes :

A. **Recommandations sur le respect des dispositions de la LMI et du droit international et cantonal des marchés publics s'agissant de l'obligation de procéder à un appel d'offres pour l'acquisition d'électricité**

A-1. Champ d'application de la LMI et du droit des marchés publics dans le contexte de l'acquisition d'électricité

Les achats d'électricité par les adjudicateurs pour leur consommation propre ainsi que ceux effectués par les gestionnaires de réseau de distribution pour l'approvisionnement des consommateurs finaux sont soumis, en tant que marchés publics de fournitures, à la LMI et au droit international et interne des marchés publics.

A-2. Achats d'électricité par les adjudicateurs pour leur consommation propre

Les achats d'électricité effectués par les unités administratives centrales et décentralisées du niveau des cantons, des districts et des communes, y compris les établissements de droit public, par les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels et par les organes privés assumant des tâches publiques pour leurs propres besoins, en particulier pour alimenter les bâtiments administratifs et les transports publics, doivent faire l'objet d'appels d'offres publics si la valeur seuil de 250 000 francs est atteinte et aucune exception reconnue par la loi n'entre en ligne de compte.

A-3. Achats d'électricité par les gestionnaires de réseau de distribution pour l'approvisionnement des consommateurs finaux

Les achats d'électricité visant à approvisionner les consommateurs finaux captifs dans le cadre de l'approvisionnement de base doivent faire l'objet d'appels d'offres publics par les gestionnaires de réseau de distribution désignés par les cantons si la valeur seuil de 250 000 francs est atteinte et aucune exception reconnue par la loi n'entre en ligne de compte.

A-4. Publication des procédures de gré à gré envisagées

Les achats d'électricité relevant du champ d'application de l'AMP 2012 qu'il est prévu de réaliser de gré à gré bien que la valeur du marché atteigne la valeur seuil applicable à la procédure sélective ou ouverte doivent être publiés sur simap.ch avant la conclusion du contrat.

Commission de la concurrence

Prof. Dr Andreas Heinemann
Président

Prof. Dr Patrik Ducrey
Directeur

Copies à :

Autorités et regroupements d'autorités :

Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie

Association des communes suisses

Associations des communes cantonales

Union des villes suisses

Secrétariat général du DETEC

Commission fédérale de l'électricité

Surveillant des prix

Associations professionnelles :

Association des entreprises électriques suisses

Association faîtière des gestionnaires suisses des réseaux de distribution d'énergie

Diverses associations de distributeurs d'énergie

Traduction non officielle