



Réponse du Conseil d'Etat à un instrument parlementaire

Question Defferrard Francine / Dafflon Hubert

2020-CE-164

Commande d'électricité par des collectivités publiques et marchés publics

I. Question

Depuis 2009, le marché de l'électricité est libéralisé pour les gros consommateurs au sens de la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (LApEI), soit ceux qui consomment annuellement plus de 100 MWh par site de consommation.

Le 1^{er} janvier 2021 entrera en vigueur le nouveau droit des marchés publics. Cela concerne aussi bien la loi fédérale que l'accord intercantonal en la matière (LMP/AIMP 2019). L'accord intercantonal reprend de façon quasi identique le texte de la loi fédérale sur les marchés publics adopté le 21 juin 2019.

Selon un avis récemment exprimé par le Professeur Jean-Baptiste Zufferey et Me Matthieu Seydoux (in : Droit de la construction, 4/2020, pp. 181-185), avec l'entrée en vigueur de ces deux textes de loi (LMP/AIMP 2019), la question de l'assujettissement aux règles relatives à la commande publique pour la fourniture d'électricité aux collectivités publiques se pose sous un nouveau jour.

Se posent légitimement les questions suivantes :

1. Quel est le nombre de gros consommateurs au sens de la LApEI (ci-après « *gros consommateurs* ») sur l'ensemble du territoire fribourgeois ?
2. Quel est le nombre de gros consommateurs de l'Etat, de ses établissements publics et des communes ? Quels sont-ils ?
3. Cas échéant, le canton de Fribourg assujettit-il la fourniture d'électricité de ses gros consommateurs aux marchés publics ? Cas échéant, les établissements publics du canton de Fribourg assujettissent-ils la fourniture d'électricité de leurs gros consommateurs aux marchés publics ?
4. Cas échéant, le canton de Fribourg entend-il assujettir dès 2021 la fourniture d'électricité de ses gros consommateurs aux marchés publics ? Cas échéant, les établissements publics du canton de Fribourg entendent-ils assujettir dès 2021 la fourniture d'électricité de leurs gros consommateurs aux marchés publics ?

1^{er} septembre 2020

II. Réponse du Conseil d'Etat

En préambule, le Conseil d'Etat tient à apporter quelques précisions concernant le droit sur les marchés publics et son évolution. En effet, le 1^{er} janvier 2021 entrera en vigueur la nouvelle loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 (surnommée LMP 2019), accompagnée de son ordonnance (ordonnance sur les marchés publics du 12 février 2020). Cette loi s'appliquera notamment à la Confédération et à certaines entreprises publiques ou privées opérant sur des marchés sectoriels (cf. art. 4 LMP 2019).

Les autorités adjudicatrices des cantons, des districts et des communes sont soumises à l'accord intercantonal sur les marchés publics, qui a également été révisé en 2019 (surnommé AIMP 2019). Néanmoins, le nouvel AIMP 2019 n'entrera pas en vigueur le 1^{er} janvier 2021, mais dès que deux cantons y auront adhéré (art. 65 AIMP 2019). Le processus d'adhésion est déjà lancé dans divers cantons, dont le canton de Fribourg.

Dans l'attente de l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition, les collectivités publiques qui consomment annuellement plus de 100 MWh d'électricité par site de consommation (gros consommateurs) et qui ont fait usage de leur droit d'accès au réseau ne sont plus des consommateurs captifs. Le cas échéant, lorsqu'elles achètent de l'électricité, elles sont assujetties au droit des marchés publics. S'agissant des collectivités publiques consommant annuellement plus de 100 MWh par site de consommation mais qui n'ont pas fait usage de leur droit d'accès au réseau, celles-ci demeurent encore libres de faire usage de leur droit d'accès au réseau, et elles peuvent continuer à consommer leur électricité auprès du gestionnaire actuel du réseau de distribution.

A futur, le nouveau droit des marchés publics clarifie la situation juridique et devrait mettre fin à la pratique actuelle. En effet, les dispositions sur lesquelles il aurait été envisageable de se fonder pour refuser l'application du droit des marchés publics à l'approvisionnement en énergie électrique ont été supprimées. De plus, le droit des marchés publics ne s'applique pas si l'entité auprès de laquelle des biens sont achetés (par exemple, achat d'électricité) dispose d'un droit exclusif octroyé en vertu de dispositions législatives. Or, un gestionnaire du réseau de distribution ne dispose d'un droit exclusif que pour les consommateurs qui consomment annuellement moins de 100 MWh par site de consommation.

En conséquence, les collectivités publiques et leurs établissements ne pourront pas unilatéralement renoncer au marché libre pour leurs sites dont la consommation annuelle est supérieure à 100 MWh. Le droit des marchés publics les contraindra donc à acquérir la fourniture d'électricité à la suite d'un appel d'offres.

1. *Quel est le nombre de gros consommateurs au sens de la LApEl (ci-après « gros consommateurs ») sur l'ensemble du territoire fribourgeois ?*

Selon une estimation à fin septembre 2020, il y a en tout près de 1200 sites dans le canton de Fribourg, publics et privés, ayant une consommation annuelle supérieure à 100 MWh. En 2019, la consommation globale pour ces sites a été d'environ 800 GWh.

2. *Quel est le nombre de gros consommateurs de l'Etat, de ses établissements publics et des communes ? Quels sont-ils ?*

Le nombre de sites relevant de l'Etat pouvant être considérés comme de « gros consommateurs » représente une cinquantaine d'emplacement, répartis dans les différents districts.

S'agissant de l'ensemble des sites concernés par la question, tout particulièrement ceux appartenant aux communes et aux établissements publics, l'Etat de Fribourg ne dispose pas à ce jour du nombre de « gros consommateurs » que cela représente. Pour ce faire, une analyse sera réalisée par le Service de l'énergie (SdE) en collaboration avec les communes et les distributeurs d'électricité. Dans la mesure du possible, l'analyse devra également différencier les sites dont les collectivités publiques sont propriétaires, tout ou en partie, ou juste locataires, et de connaître leurs participations dans différentes organisations pouvant être propriétaires de sites, par exemple des associations (homes, écoles, ...).

3. Cas échéant, le canton de Fribourg assujettit-il la fourniture d'électricité de ses gros consommateurs aux marchés publics ? Cas échéant, les établissements publics du canton de Fribourg assujettissent-ils la fourniture d'électricité de leurs gros consommateurs aux marchés publics ?

L'Etat de Fribourg a fait le choix ces dernières années de ne pas faire usage du droit d'accès au réseau pour ses sites éligibles (consommation annuelle supérieure à 100 MWh), l'accès au réseau étant en effet un droit conféré et non une obligation. Les sites de consommation éligibles relevant de l'Etat de Fribourg sont donc restés à l'approvisionnement de base du gestionnaire de réseau. Leur fourniture d'électricité passe directement par le gestionnaire du réseau de distribution auxquels les sites sont raccordés.

Par ailleurs, les établissements de droit public du Canton, de même que les Communes qui disposent de sites remplissant les conditions pour être des consommateurs éligibles au sens de la LApEI, décident eux-mêmes du choix de faire usage de leur droit d'accès au réseau et, le cas échéant, de choisir leur fournisseur d'électricité.

4. Cas échéant, le canton de Fribourg entend-il assujettir dès 2021 la fourniture d'électricité de ses gros consommateurs aux marchés publics ? Cas échéant, les établissements publics du canton de Fribourg entendent-ils assujettir dès 2021 la fourniture d'électricité de leurs gros consommateurs aux marchés publics ?

Lorsque l'accord sur les marchés publics révisé en 2012 (AMP 2012) dans le cadre de l'OMC entrera en vigueur, pour leurs sites pouvant être qualifiés de « gros consommateurs » au sens de la LApEI, l'Etat et ses établissements, de même que les communes, devront acquérir l'électricité nécessaire à leur fonctionnement à la suite d'un appel d'offres. Pour ces sites, ils ne pourront plus se maintenir sur le marché captif et continuer à acquérir leur électricité auprès du gestionnaire actuel du réseau de distribution. Ils devront rejoindre le marché libre et lancer des appels d'offres pour l'acquisition d'électricité.

Le Conseil d'Etat communiquera cette décision le moment venu à l'ensemble des établissements de droit public du canton de Fribourg.

3 novembre 2020