

VD_OMNI MPU.2012.0029 vom 28. März 2013

VD Tribunal cantonal, 2013-03-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2012.0029

FR: VD_OMNI MPU.2012.0029 du 28 mars 2013

IT: VD_OMNI MPU.2012.0029 del 28 marzo 2013

Regeste

A. _____ SA c/ B. _____ SA, C. _____ SA, D. _____ SA, Municipalité de 3*****, Service des eaux, sols et assainissement | Recours contre l'adjudication de gré à gré de travaux de fourniture et de pose de canalisations dans le cadre d'un service de chauffage à distance destiné à alimenter plusieurs bâtiments d'une même commune, parmi lesquels des bâtiments publics. La compétence de juger si ce marché fait partie du champ d'application de l'AMP et partant, si une procédure ouverte ou sélective aurait dû être appliquée en l'espèce échappe à la CDAP. En effet, l'entité adjudicatrice a son siège dans le canton de Fribourg et aucun élément du dossier ne permet de considérer la municipalité de la commune concernée comme autorité adjudicatrice des travaux. Recours déclaré irrecevable et transmis aux juridictions fribourgeoises comme objet de leur compétence à raison du lieu.

Erwägungen

E. 1

Pour les deux autorités intimées, il n'y aurait pas lieu d'entrer en matière sur le recours, dès lors que le litige a trait à l'exécution d'une prestation qui, à les lire, serait exclue du droit des marchés publics. La recourante, qui fait valoir que la procédure en matière de marchés publics aurait en l'espèce été détournée, conteste, pour sa part, ce qui précède. B. _____ a requis en outre la levée de l'effet suspensif provisoirement accordé par le juge instructeur. Or, l'octroi ou le maintien de l'effet suspensif suppose que le recours ne soit pas dénué de toutes chances de succès (v., s'agissant de l'application du droit fédéral, ATF 134 II 192 consid. 2.4 p. 200; ATAF 2007/33 consid. 2.1 et 2.2; 2007/13 consid. 2.2; cf. pour le cas où une condition de recevabilité fait défaut, la décision rendue le 14 avril 2005 par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, in JAAC 69.80). Dès lors, il n'y aurait guère de sens à maintenir l'effet suspensif en l'espèce pour le cas où le recours apparaîtrait d'entrée de cause comme irrecevable à raison de la matière. A titre préliminaire, on constate cependant que B. _____ apparaît ici comme adjudicateur; or, cette entreprise a son siège dans le canton de Fribourg. Dans ces conditions, à moins que l'on puisse rattacher d'une quelconque manière le marché à la commune de 3*****, de telle sorte que la municipalité apparaisse comme autorité adjudicatrice, la compétence de connaître du présent recours échapperait de toute façon au Tribunal de céans à raison du lieu, vu l'art. 8 al. 4 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (A-IMP; RSV 726.91). Cette question doit être résolue préalablement à tout autre examen.

E. 2

a) Le Tribunal cantonal connaît des recours contre les décisions et décisions sur recours rendues par les autorités administratives, lorsque la loi ne prévoit aucune autre autorité pour en connaître (art. 92 al. 1 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure

administrative – LPA-VD; RSV 173.36). L'adjudication ou l'interruption d'une procédure d'adjudication peuvent faire l'objet d'un recours dans les dix jours dès leur notification ou leur publication (art. 10 al. 1 let. d de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics - LMP-VD; RSV 726.01). b) Le champ d'application matériel et territorial de la LMP-VD est défini à son article 1 er al. 1; celle-ci régit les marchés publics: du canton, des communes et des associations intercommunales (let. a); des autres collectivités, notamment les caisses de pension, assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas de caractère commercial ou industriel (let. b); subventionnés à plus de 50 % du coût total par des fonds des entités définies sous lettres a et b (let. c). Cette disposition définit l'objet de la législation sur les marchés publics, ainsi que l'art. 1 er al. 1, 1 ère phrase, A-IMP aux termes duquel: le présent accord vise l'ouverture des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales. Aux termes de l'art. 8 al. 1 A-IMP, s ont soumis aux dispositions des accords internationaux les pouvoirs adjudicateurs suivants: a. les cantons, les communes, de même que les autres collectivités de droit public cantonal ou communales, dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel; b. (...) c. les autorités, de même que les entreprises publiques et privées opérant au moyen d'un droit exclusif ou particulier dans les domaines de l'approvisionnement en eau, en énergie et dans celui des transports et des télécommunications. Sont seuls soumis au présent accord les marchés en relation avec l'exécution, en Suisse, de leurs tâches dans les domaines précités; d. les autres adjudicateurs selon les traités internationaux en vigueur. Selon l'art. 8 al. 2 A-IMP, sont en outre soumis aux dispositions relatives aux marchés non soumis aux traités internationaux, lorsqu'ils adjugent d'autres marchés publics: a. les autres collectivités assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas de caractère commercial ou industriel; b. les projets et prestations qui sont subventionnés à plus de 50 % du coût total par des fonds publics. Les marchés d'un adjudicateur visé aux alinéas 1 et 2, dont l'exécution n'a pas lieu au siège de l'adjudicateur, sont soumis au droit du lieu du siège de l'adjudicateur ou du lieu de l'activité principale (art. 8 al. 4, 1 ère phrase, A-IMP).

E. 3

a) Ces textes concrétisent pour les cantons, respectivement le canton de Vaud, l'Accord GATT/OMC sur les marchés publics conclu à Marrakech le 15 avril 1994, entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1996 (AMP; RS 0.632.231.422). Font partie du champ d'application de cet accord certains types de marchés publics passés par les entités adjudicatrices limitativement énumérées à l'Annexe 1 (entités du gouvernement fédéral) et à l'Annexe 2 (entités des gouvernements sous-centraux, c'est-à-dire les cantons suisses) de l'appendice I à l'AMP, à condition toutefois que les valeurs seuils soient atteintes. En outre, aux termes de l'Annexe 3, le champ d'application s'étend aux entités adjudicatrices qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent au moins une des activités suivantes: 1. la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable (spécifiés sous titre I); 2. la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité ou l'alimentation de ces réseaux en électricité (spécifiés sous titre II); (...). La production, le transport et la distribution d'électricité sont définies au chiffre II de l'annexe 3; on y entend les «(...)p ouvoirs publics ou entreprises publiques de transport et de distribution d'électricité auxquels le droit d'expropriation peut être accordé conformément à

la loi fédérale du 24 juin 1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant (...)», ainsi que les « (...) pouvoirs publics ou entreprises publiques de production d'électricité conformément à la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques et à la loi fédérale du 23 décembre 1959 sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique et la protection contre les radiations (...)». En revanche, les marchés publics des communes (suisses) sont pour l'heure exclus du champ d'application de cet accord. b) La notion de tâche publique doit être définie largement et englobe toutes les activités qui favorisent un intérêt public, sans être nécessairement elles-mêmes des tâches publiques à proprement parler (ATF 135 II 49 consid. 5.2.2 p. 58, références citées). Selon la doctrine, on parle communément de marché public pour désigner l'ensemble des contrats passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services. L'adjectif «public» fait ici référence à la personnalité de l'acquéreur de la prestation et non pas au régime juridique applicable à ces contrats: en Suisse, ceux-ci restent soumis au droit privé (v. Nicolas Michel, *Droit public de la construction*, Fribourg 1996, n° 1872, p. 376 s.). On se trouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que demandeur, acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques. C'est la collectivité publique qui est consommatrice de la prestation et c'est l'entreprise privée qui en est le fournisseur (cf. René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2^{ème} édition, Bâle 2011, § 19, nos 1 à 15, p. 354 s.). L'objectif est ainsi de permettre aux pouvoirs publics de se procurer aux meilleures conditions possibles sur le marché libre les biens et les services dont ils ont besoin, c'est-à-dire de dépenser de manière rationnelle les fonds publics. Pour le Tribunal fédéral, il y a donc marché public lorsque l'Etat se procure auprès d'une entreprise privée un bien ou service moyennant un prix qu'il s'engage à payer (ATF 125 I 209 consid. 6b p. 214). L'approche restrictive du Tribunal fédéral lie l'existence d'un marché à la réunion de deux éléments: un flux financier de l'Etat vers une entreprise privée et l'existence d'une tâche publique (cf. François Bellanger, *Le droit applicable aux marchés publics*, in RDAF 2001 I 367 et ss, not. 371). Lorsque l'Etat concède l'accomplissement d'une tâche publique à une entreprise de droit privé, il sollicite l'accomplissement d'une tâche qu'il n'est pas en mesure d'exécuter lui-même; aussi fait-il appel aux entreprises privées pour lui confier l'exécution de prestations de services (cf. Aurélia Rappo, *Les marchés publics: champ d'application et qualification*, in RDAF 2005 I 165 et ss, not. 170). De façon plus générale, on ne saurait écarter l'application du droit des marchés publics chaque fois que la collectivité veut passer une convention déléguant une tâche publique ou confier à une organisation privée des prérogatives de puissance publique (Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Zufferey, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002, p. 66). Le droit des marchés publics n'est cependant applicable que si un véritable marché doit être passé. Tel n'est pas le cas lorsque l'adjudicateur fait exécuter ce marché par ses propres services, de même en cas de délégation de tâches publiques internes à l'administration (Jean-Baptiste Zufferey, *Le champ d'application du droit des marchés publics*, in: *Marchés publics 2008*, Zufferey/Stöckli éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, n° 28, p. 160; Evelyne Clerc, *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, Bâle 2002, ad art. 5 LMI, nos 57-61, pp. 1330-1332). Il en résulte que la délégation d'une tâche publique entre deux entités de droit public est soustraite au droit des marchés publics (arrêt GE.1998.0178 du 2 juillet 1998, in RDAF 2000 I 123). Pour illustrer cette distinction, on rappelle que Tribunal administratif fédéral a

ainsi jugé qu'il n'existait pas de marché au sens du droit des marchés publics lorsqu'un organisme étatique fournissait lui-même des prestations, avec ses propres ressources, y compris par l'engagement de son propre personnel dans le cadre du droit de la fonction publique (décision «make»). La location de services doit en revanche être considérée comme un marché lorsque l'Etat apparaît, vis-à-vis des entreprises privées, comme demandeur de prestations dont il a besoin pour l'exécution de ses tâches (décision «buy» ; cf. ATAF 2011/17 consid. 2).

E. 4

a) D'entrée de cause, on relève que le seuil maximal (cf. art. 7 A-IMP et annexe 1) permettant à une autorité adjudicatrice de faire usage d'une procédure sur invitation dans le cadre de la fourniture de services, soit 250'000 fr., est en l'occurrence largement dépassé. Cela signifie que l'adjudication intervenue le 21 septembre 2012 en faveur de D. _____ aurait dû pouvoir être prise à l'issue d'une procédure ouverte ou sélective, conformément aux articles 12 al. 1 let. a et b A-IMP et 7 al. 1 let. a et b LMP-VD. Dès lors, pour le cas où elle avait pour objet l'adjudication d'un marché public, cette décision devrait purement et simplement être annulée. b) Comme l'appel d'offres publié le

E. 9

novembre 2012 l'indique, le marché ici litigieux a trait, à la création d'un réseau de chauffage à distance sur le territoire communal de 3***** comprenant: des conduites de prise d'eau et de rejet au lac, une station de pompage enterrée, un micro-tunnel avec puits d'accès et un réseau primaire principal (RPP) et réseau secondaire (RS). B. _____ produit la chaleur et distribue le chauffage dans un circuit fermé de canalisations. Ce marché fait intervenir en tant que partenaires deux autorités dont une seule est visée par l'art. 1 er al. 1 LMP-VD, à savoir la commune de 3***** (let. a). L'autre partenaire est une société anonyme privée dont le capital est majoritairement détenu par le canton de Fribourg et des communes de ce canton, en l'occurrence B. _____, laquelle n'est pas visée par l'art. 1 er al. 1 let. b LMP-VD. Dans le canton de Fribourg, B. _____ fait sans doute partie des entités visées à l'art. 8 al. 1 let. c A-IMP, en tant qu'entreprise publique opérant au moyen d'un droit exclusif ou particulier dans les domaines de l'approvisionnement en énergie. Tel n'est en revanche pas le cas dans le canton de Vaud, où l'on peut se demander si ses activités ne revêtent pas un caractère commercial ou industriel au sens de l'art. 8 al. 2 let. a A-IMP. Or, c'est B. _____ qui apparaît ici comme adjudicateur des travaux dont la commune de 3***** est bénéficiaire, puisqu'elle s'est engagée à fournir de la chaleur, notamment pour le bâtiment communal de la voirie, sis chemin des Béranges 111, et ceci pour une durée de vingt-cinq ans, par contrat du

E. 13

juillet 2012 . Dans ces conditions, la compétence de connaître du présent recours échapperait au Tribunal de céans, vu l'art. 8 al. 4 A-IMP, à moins que l'on retienne que la municipalité eut dû elle-même apparaître comme autorité adjudicatrice. c) Quant au marché lui-même, il importe d'opérer une distinction. aa) On relève qu'en sa qualité de distributeur, B. _____ intervient au demeurant comme un acteur du secteur privé, puisqu'il ne fournit en chaleur que sa propre clientèle. Quoi qu'il en soit, il fait valoir que le marché de la fourniture de chaleur, notamment du chauffage à distance, serait exclu du champ d'application de la législation sur les marchés publics. Aux termes de son art. 1 er al. 1, l'AMP s'applique à toute loi, tout règlement, ainsi qu'à toute procédure ou pratique

concernant tout marché passé par les entités visées par le présent accord, telles qu'elles sont spécifiées à l'Appendice I. Or, à teneur de l'appendice I, annexe 2 à l'AMP, qui désigne les cantons et les organismes de droit public qui en dépendent, il est expressément précisé que cet accord «ne s'applique pas aux marchés passés par des entités mentionnées dans cette annexe et portant sur des activités dans les secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications». En outre, on ne retire pas de la teneur de l'annexe 3 que le champ d'application de l'AMP doit être étendu aux entreprises publiques produisant et distribuant le chauffage, à distance notamment. On rappelle que la politique énergétique en Suisse est une politique publique dont les bases constitutionnelles et légales figurent dans des normes fédérales et cantonales. Au niveau fédéral, l'art. 89 al. 1 Cst. dispose que, dans les limites de leurs compétences respectives, la Confédération et les cantons s'emploient à promouvoir un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économiquement optimal et respectueux de l'environnement, ainsi qu'une consommation économe et rationnelle de l'énergie. Aux termes de son article 1 er al. 2, la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'énergie (LEne ; RS 730.0) a pour but d'assurer une production et une distribution de l'énergie économiques et compatibles avec les impératifs de la protection de l'environnement (let. a); de promouvoir l'utilisation économe et rationnelle de l'énergie (let. b); d'encourager le recours aux énergies indigènes et renouvelables (let. c). L'art. 9 LEne prescrit aux cantons de créer dans leur législation des conditions générales favorisant une utilisation économe et rationnelle de l'énergie ainsi que le recours aux énergies renouvelables (al. 1). Les cantons édictent des dispositions sur l'utilisation économe et rationnelle de l'énergie dans les bâtiments existants et à construire et soutiennent l'application de normes de consommation. Ils tiennent compte de l'état de la technique et évitent de créer des entraves techniques au commerce non justifiées (al. 2). A teneur de l'alinéa 3 de la disposition précitée les cantons édictent notamment des dispositions concernant: la part maximale d'énergies non renouvelables destinée au chauffage et à l'eau chaude (let. a); l'installation de chauffages électriques fixes à résistances et le remplacement de telles installations (let. b); la définition d'objectifs convenus avec des grands consommateurs (let. c); le décompte individuel des frais de chauffage et d'eau chaude pour les nouvelles constructions et les rénovations d'envergure (let. d). Les cantons sont chargés d'exécuter la mise en œuvre de cette tâche (cf. art. 19 al. 1, 1 ère phrase, LEne). Pour sa part, l'art. 56 Cst.-VD précise que l'Etat et les communes incitent la population à l'utilisation rationnelle et économe des ressources naturelles, notamment de l'énergie (al. 1). Ils veillent à ce que l'approvisionnement en eau et en énergie soit suffisant, diversifié, sûr, économiquement optimal et respectueux de l'environnement (al. 2). Ils favorisent l'utilisation et le développement des énergies renouvelables (al. 3). Aux termes de son art. 1 er, la loi vaudoise du 16 mai 2006 sur l'énergie (LVLEne; RSV 730.01) a pour but de promouvoir un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économique et respectueux de l'environnement (al. 1). Elle encourage l'utilisation des énergies indigènes, favorise le recours aux énergies renouvelables, soutient les technologies nouvelles permettant d'atteindre ses objectifs et renforce les mesures propres à la réduction des émissions de CO2 et autres émissions nocives (al. 2). Elle vise à instituer une consommation économe et rationnelle de l'énergie. Dans ce sens, elle veille à l'adaptation de la fourniture énergétique en qualité, quantité, durée et efficacité (al. 3). Vu son art. 2, la LVLEne s'applique à l'approvisionnement, la production, la transformation, la distribution, la consommation et à toutes les utilisations des différentes énergies, qu'elles soient renouvelables ou non. Toute nouvelle installation doit permettre une utilisation rationnelle

de l'énergie, de prendre en compte les possibilités de récupérer la chaleur et de recourir aux énergies renouvelables (art. 5 LVLÉne). Des mesures ne peuvent être imposées que si elles sont techniquement réalisables et exploitables, dans des limites économiquement supportables (art. 6 LVLÉne). L'art. 24 LVLÉne prévoit que l'Etat et les communes encouragent les installations de chauffage à distance, notamment lors de l'élaboration de leurs plans en matière d'aménagement du territoire. A teneur de l'art. 25 LVLÉne, les propriétaires dont les bâtiments sont situés dans les limites d'un réseau de chauffage à distance alimenté principalement par des énergies renouvelables ou de récupération sont incités par les autorités publiques à s'y raccorder, pour autant que la démarche soit appropriée. Le Conseil d'Etat peut prévoir des aides financières à cet effet (al. 1). Les bâtiments neufs mis au bénéfice d'un permis de construire après l'entrée en vigueur de la présente loi et ceux dont les installations de chauffage subissent des transformations importantes ont l'obligation de s'y raccorder dans les limites de proportionnalité énoncées à l'article 6, à l'exception de ceux qui couvrent déjà une part prépondérante de leurs besoins avec des énergies renouvelables ou de récupération (al. 2). Il faut bien admettre que ces deux dernières dispositions ne laissent guère aux propriétaires privés, dont l'immeuble est desservi par un réseau de chauffage à distance alimenté principalement par des énergies renouvelables ou de récupération, le choix de se raccorder ou non. Il reste qu'en l'état actuel de la législation, aucune obligation ne leur est faite de se raccorder au réseau de chauffage à distance projeté. On ne saurait dès lors voir dans ces dispositions l'instauration d'un monopole de la fourniture du chauffage à distance sur le territoire communal, concédé en quelque sorte par la municipalité à B._____. Quoi qu'il en soit, cette concession aurait dû préalablement passer par la procédure d'autorisation prévue par l'art. 3a de la loi du 28 février 1956 sur les communes (LC; RSV 175.11) à teneur duquel, sauf disposition légale contraire, celles-ci peuvent confier l'exécution de leurs obligations de droit public à un tiers ou à une personne morale de droit privé ou de droit public moyennant l'autorisation du conseil général ou communal et du Conseil d'Etat. L'on peut dès lors se demander dans quelle mesure le présent marché, en tant qu'il a trait à la fourniture du chauffage à distance, est visé par l'art. 8 al. 1 let. c, 2^{ème} phrase, A-IMP. Cette question échappe, quoi qu'il en soit, à la compétence du Tribunal de céans, puisqu'aucun élément ne permet de tenir la Municipalité de 3***** comme entité adjudicatrice de la fourniture du chauffage sur tout ou partie de son territoire communal. A raison du lieu, la juridiction fribourgeoise est en effet seule compétente pour la résoudre, vu l'art. 8 al. 4 A-IMP, le siège de B._____ étant situé dans le canton de Fribourg. bb) S'agissant en revanche des infrastructures réalisées ou projetées, soit l'appareillage, la question s'avère plus délicate à résoudre. En effet, la plupart, sinon l'ensemble de ces travaux de fouille et de pose de canalisations seront réalisés sur le domaine public communal. A lire la Municipalité, il ne serait toutefois pas prévu que celle-ci intervienne comme maître de l'ouvrage; aucun élément du dossier ne permet du reste de retenir le contraire. En effet, B._____ a d'ores et déjà adjugé à D._____ la réalisation des travaux de fouille et de pose de conduites de son réseau principal de distribution (RPP). En sus, elle a publié un appel d'offres pour pouvoir réaliser en amont la future station de pompage enterrée et le micro-tunnel projeté avec puits d'accès; elle a en outre adjugé les travaux de génie civil pour la construction des réseaux principal (RPP) et secondaire (RS). Or, B._____ est apparue elle-même comme adjudicatrice des travaux mis en soumission; on ne saurait considérer qu'elle soit intervenue en tant que mandataire de la Municipalité. Du reste, la recourante n'a pas déposé d'offre dans le cadre de cette procédure, laquelle ne concerne pas l'appareillage. Pour les mêmes raisons

évoquées au chapitre précédent, il appartiendra, quoi qu'il en soit, aux juridictions du canton de Fribourg, compétentes à raison du lieu, de dire si ce marché est soumis à la législation sur les marchés publics et dans l'affirmative, d'examiner, le cas échéant, les griefs soulevés par la recourante contre la procédure. cc) Cela étant, l'exécution de ces travaux implique en outre pour B. _____, on l'a dit, de devoir nécessairement utiliser le domaine public communal. A ce jour pourtant, la Municipalité de 3***** n'a au demeurant octroyé aucune concession à B. _____ pour l'utilisation du domaine public communal. A tout le moins, le contraire n'est pas allégué. Or, cette question-ci, à l'inverse de la précédente, entre bien dans la sphère de compétence du Tribunal de céans. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral toutefois, l'octroi de concessions ne relève pas de la législation relative aux marchés publics (ATF 126 I 250 consid. 2d/bb p. 256; 125 I 209 consid. 6b p. 212). Il en va de même de la délégation de tâches publiques ou de la conclusion de contrats de droit administratif (dans ce sens, arrêt GE.1998.0178, déjà cité; pour un état de la question, voir Denis Esseiva, in DC 2004, pp. 164-165, qui cite notamment l'opinion contraire de l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics; la solution serait également différente en droit européen; v. encore Daniel Kunz, *Verfahren und Rechtsschutz beider Vergabe von Konzessionen*, Berne 2004). L'octroi d'une concession se distingue en effet d'un marché, notamment en ce que la collectivité publique ne se trouve pas dans la position d'un acquéreur de prestations, mais plutôt dans la position inverse, celle d'un offreur. En concédant un monopole sur leur domaine public respectif, les collectivités publiques n'entendent en effet pas acquérir des prestations de services, mais au contraire «vendre» le droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales, moyennant une redevance et diverses prestations accessoires dues par l'entreprise concessionnaire (ATF 125 I 209 consid. 6b p. 213). L'octroi de la concession nécessaire pour l'usage exclusif du domaine public n'est pas assujéti au droit des marchés publics, dans la mesure où la collectivité concédante se borne à mettre à disposition un droit qu'elle possède ou un bien qu'elle gère (cf. Jean-Baptiste Zufferey, *Le droit des «PPP»; état des lieux*, in *Marchés publics 2010*, Publication de l'Université de Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 247 et ss, not. 43-44, p. 268). Le destinataire de la prestation n'est donc pas la collectivité publique, mais l'utilisateur final (Esseiva, in DC 2004 p. 164). A cela s'ajoute que le concessionnaire a le droit d'exploiter l'ouvrage en contrepartie du service fourni; il peut ainsi percevoir des redevances auprès des usagers et supporte de manière prépondérante le risque d'exploitation (ibid.). Le Tribunal administratif a du reste refusé de qualifier de marché public l'octroi d'une concession d'un service public de taxis (arrêt GE.2004.0055 du 7 avril 2005). Il en va de même de la jurisprudence cantonale, s'agissant de procédures tendant à l'octroi d'un subventionnement en matière de concession de transport (v. notamment, arrêt du Tribunal administratif du canton de Berne du 25 juin 1999, in JAB 1999 p. 507). Il reste que cette question demeure largement controversée et l'ATF 125 I 209 a fait l'objet de commentaires variés et abondants (v. sur ce point ATF 135 II 49 consid. 4.3 p. 53 et ss, références citées). Pour le Tribunal fédéral, il est certain, cela étant, qu'une collectivité publique ne saurait, par le biais de l'octroi d'une concession, détourner l'application des règles sur les marchés publics. On peut admettre que tel est notamment le cas lorsque la collectivité subordonne l'octroi d'une concession à des contreprestations d'une certaine importance qui entrent clairement dans la notion de marché public et sont dissociables de la concession. Dans un tel cas, il se justifie de soumettre l'acquisition de telles prestations aux garanties procédurales propres au droit des marchés publics (ATF 135 II 49 consid. 4.4 p. 56). L'ATF 125 I 209 apparaît maintenant, quoi qu'il

en soit, comme dépassé puisque la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) prévoit désormais à son art. 2 al. 7, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2006, que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. Cette disposition vise toutefois les concessions de droit cantonal ou communal; elle ne s'applique en revanche pas aux concessions de droit fédéral (cf. Denis Esseiva, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, in DC 2006 p. 203 et ss, not. 204). Au surplus, elle n'a pas pour conséquence de subordonner l'octroi des concessions de monopole cantonal ou communal à l'ensemble de la réglementation applicable en matière de marchés publics; ne sont visées par cette disposition que certaines garanties procédurales minimales, comme celles énoncées à l'art. 9 al. 1 et 2 LMI concernant les voies de droit (ATF 135 II 49 consid. 4.1 p. 52, références citées). Si l'on se fie au contenu de ses écritures, la Municipalité ne disposerait à l'heure actuelle d'aucun document qui intégrerait déjà une concession ou un projet de concession. Elle explique que des discussions seraient en cours pour déterminer les modalités juridiques permettant à B._____ de réaliser les travaux projetés. La Municipalité évoque également la possibilité de constituer une ou plusieurs servitudes de conduite sur le domaine public en faveur de B._____, conformément à l'art. 676 al. 2 CC. On pourrait en outre songer à la conclusion d'un accord contractuel portant sur un partenariat public-privé, lequel pourrait être soumis à la législation sur les marchés publics (Zufferey, op. cit., n° 18 pp. 256-257). A l'heure actuelle, ce ne sont-là que des conjectures. Il est possible que le recours s'avère, sur ce point, prématuré. A ce stade, le Tribunal doit toutefois se limiter à constater l'inexistence in casu d'une concession en faveur de B._____, donc d'une décision municipale. 5. a) Au vu de ce qui précède, le recours ne relève donc pas du champ d'application territorial de la LMP-VD. Par conséquent, le Tribunal doit, d'office, décliner sa compétence *ratione loci* et déclarera le recours irrecevable. L'autorité qui s'estime incompétente transmet la cause sans délai à l'autorité qu'elle juge compétente (art. 7 al. 1 LPA-VD). Bien que les juridictions fribourgeoises aient déjà été saisies, le recours et le dossier de la cause leur seront transmis, comme objet de leur compétence. b) La recourante succombant, un émolument judiciaire sera mis à sa charge (cf. art. 49 al. 1 et 91 LPA-VD). En procédure de recours et de révision, l'autorité alloue une indemnité à la partie qui obtient totalement ou partiellement gain de cause, en remboursement des frais qu'elle a engagés pour défendre ses intérêts. Cette indemnité est mise à la charge de la partie qui succombe (art. 55 LPA-VD). Des dépens seront alloués à B._____ et la Municipalité de 3*****, qui obtiennent gain de cause avec l'assistance d'un conseil (cf. art. 52 al. 1 et 56 al. 3 LPA-VD, a contrario, art. 91 LPA-VD). La majeure partie du capital-actions de B._____ est sans doute détenue par le canton de Fribourg; les articles 52 al. 1 et 56 al. 3 LPA-VD n'ont cependant pas vocation à s'appliquer en pareil cas, B._____ n'étant pas visé par l'art. 1 al. 1 let. b LMP-VD.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.