

Thierry Largey / Noémie Hofer

L'appel d'offres public en matière de réseaux thermiques dans le domaine public

Le développement des réseaux thermiques offre une alternative aux systèmes de chauffage et de refroidissement fonctionnant avec des énergies fossiles. Il suppose l'aménagement de réseaux de conduites entre les sites de production d'énergie thermique et les lieux de leur consommation, en mettant tout particulièrement à contribution le domaine public. La présente contribution examine dans quelle mesure l'octroi de droits d'usage du domaine public pour la pose de conduites, ainsi que pour le prélèvement de chaleur dans les masses d'eau et le sous-sol, doivent faire l'objet d'un appel d'offres public. Elle arrive à la conclusion que tel est le cas, en principe en tant que marché public lorsque ces activités relèvent d'une tâche publique et que l'État acquiert les moyens de son accomplissement par l'octroi d'usages – privés – du domaine public.

Catégories d'articles : Articles scientifiques

Domaines juridiques : Droit de l'énergie et de l'environnement, Droit des marchés publics

Proposition de citation : Thierry Largey / Noémie Hofer, L'appel d'offres public en matière de réseaux thermiques dans le domaine public, in : Jusletter 7 août 2023

Table des matières

1. Introduction
2. Le domaine public et les réseaux thermiques
 - 2.1. Notion et étendue du domaine public
 - 2.2. Les usages du domaine public
 - 2.2.1. L'usage commun
 - 2.2.2. L'usage accru et privatif
3. Marchés publics et marché intérieur
 - 3.1. L'existence d'un marché public
 - 3.1.1. Le but du droit des marchés publics
 - 3.1.2. Le champ d'application du droit des marchés publics
 - 3.1.3. Les conditions de l'existence d'un marché public
 - 3.1.4. Exceptions et exemptions
 - 3.2. La loi sur le marché intérieur (LMI)
 - 3.2.1. Le champ d'application objectif
 - 3.2.2. L'exigence d'un appel d'offres public
 - 3.2.3. La coordination avec le droit des marchés publics
4. Réseaux thermiques et octroi de droits exclusifs ou spéciaux sur le domaine public
 - 4.1. Qualification de l'usage de domaine public par les conduites de réseaux thermiques
 - 4.2. Monopoles et réseaux thermiques
 - 4.2.1. Le transfert de droits exclusifs d'usage du domaine public
 - 4.2.2. Le monopole de raccordement
 - 4.3. L'application du droit des marchés publics aux réseaux thermiques
 - 4.3.1. Le champ d'application objectif
 - 4.3.2. Exceptions et exemptions
 - 4.4. L'appel d'offres public à l'art. 2 al. 7 LMI
5. L'exploitation de la chaleur du domaine public
6. Synthèse et conclusion

1. Introduction¹

[1] La chaleur résiduelle d'une installation, la chaleur produite au moyen d'énergies renouvelables ou celle d'une masse d'eau constituent des sources d'énergie capables de produire de l'eau chaude et d'approvisionner en chaleur et en fraîcheur les bâtiments. L'énergie thermique peut se substituer aux énergies fossiles de sorte à contribuer à la réalisation des objectifs climatiques de la Suisse en matière de réduction des gaz à effet de serre (GES), dont le CO₂. Elle contribue au demeurant à la mise en œuvre de l'un des trois objectifs de la politique énergétique suisse définie à l'art. 1 al. 2 let. c de la loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016 (LEne²) : « permettre le passage à un approvisionnement en énergie basé sur un recours accru aux énergies renouvelables, en particulier aux énergies renouvelables indigènes ». En 2022, plus d'un milliard de réseaux thermiques étaient exploités en Suisse, pour une production transportée de 8,4 TWh.³

[2] Parmi les sources de chaleur, il convient de distinguer les « rejets de chaleur » des installations dont le but premier est la production d'énergie thermique, en principe simultanément

¹ La présente contribution fait suite à un mandat de la Direction cantonale vaudoise de l'énergie (DGE-DIREN).

² Loi sur l'énergie du 30 septembre 2016 (LEne, RS 730.0).

³ Office fédéral de l'énergie (OFEN)/Suisse énergie, Fiche d'informations. Réseaux thermiques, Berne 2021, p. 5 ; Conseil fédéral, Potentiel des installations de chauffage et de refroidissement à distance. Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 19.4051, groupe liberal-radical, 18 septembre 2019, Berne 2021, p. 4.

à la production d'électricité, et le prélèvement de chaleur des éléments naturels tels que l'eau ou le sous-sol. Les rejets de chaleur, définis comme « les déperditions de chaleur inévitables en l'état de la technique, produites par des processus de conversion d'énergie ou par des processus chimiques, par exemple dans les usines d'incinération des ordures ménagères (UIOM) », ⁴ sont considérés comme dépourvus d'énergie primaire et exempts d'émissions de CO₂ ; ils ne sont ni renouvelables, ni fossiles, mais décarbonés. ⁵ Les autres catégories d'énergie thermique, d'origine anthropique ou naturelle, sont quant à elles des énergies à qualifier de renouvelables.

[3] Quelles qu'elles soient, les sources de chaleur ⁶ se caractérisent par un certain éloignement de leurs destinataires-bénéficiaires. Pour des raisons pratiques évidentes, leur utilisation nécessite l'aménagement de réseaux de conduites permettant leur acheminement du lieu de production ou de prélèvement à leurs sites de consommation. On entend par réseau thermique, appelé parfois chauffage de proximité ou chauffage et froid à distance, une infrastructure de réseaux de conduites qui transporte de la chaleur ou du froid et permet d'approvisionner plusieurs bâtiments sur des parcelles différentes. ⁷ Les réseaux thermiques offrent plusieurs avantages, notamment la flexibilité grâce à une intégration de réservoirs de chaleur ou de froid permettant de dissocier la production d'énergie de la demande. À cet égard, en installant un coupleur chaleur/force, les réseaux de chaleurs permettent d'injecter de l'électricité dans le réseau électrique selon les besoins. ⁸

[4] La construction et l'exploitation de réseaux thermiques posent des questions juridiques nombreuses et complexes, notamment concernant la procédure de construction, la mise en concurrence et le rapport avec les usagers. ⁹ La présente étude examine dans quelles mesures les collectivités publiques, lorsqu'elles octroient un droit d'utiliser leur domaine public à des fins de prélèvement de chaleur ou de transport par conduites, sont tenues de procéder à un appel d'offres public en vertu de la législation sur les marchés publics ou de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI). ¹⁰ À cette fin, il est nécessaire d'exposer au préalable le cadre juridique théorique portant successivement sur l'usage du domaine public (2), le droit des marchés publics et la législation sur le marché intérieur (3). Le contexte légal ainsi précisé, l'analyse porte sur le régime d'appels d'offres publics applicable à l'élaboration et la construction des réseaux thermiques sur le domaine public naturel ou artificiel (4), ainsi qu'à l'exploitation de sources de chaleur et de fraîcheur qui s'y trouvent (5).

⁴ Art. 2 let. e de l'ordonnance fédérale sur l'encouragement de la production d'électricité issue d'énergies renouvelables du 1^{er} novembre 2017 (OEnER, RS 730.0).

⁵ Il s'agit d'une catégorie d'énergie à part, *sui generis* pourrait-on dire. Office fédéral de l'énergie (OFEN), Fiche d'informations sur les rejets de chaleur pour l'utilisation des instruments de politique énergétique et climatique, Berne 2018, p. 1.

⁶ Si l'on exclut la géothermie domestique.

⁷ Voir à ce propos Office fédéral de l'énergie (OFEN), Réseaux thermiques (chauffage de proximité, chauffage et froid à distance), Berne 2022, p. 1.

⁸ Conseil fédéral (note 3), p. 7 ss. et 13 ss.

⁹ Conseil fédéral (note 3), p. 16 ss.

¹⁰ Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI, RS 943.02).

2. Le domaine public et les réseaux thermiques

2.1. Notion et étendue du domaine public

[5] Le domaine public au sens strict regroupe l'ensemble des biens de l'État qui sont dédiés à une finalité générale et un usage commun, conformément à leur destination et dans les limites des conflits d'utilisation.¹¹

[6] En droit fédéral, les règles générales relatives au domaine public au sens strict se concentrent à l'art. 664 du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC¹²). Cette disposition, de portée purement déclarative, s'inscrit dans le titre de la loi consacré à la propriété foncière. Elle pose les principes et les limites à l'utilisation et à la privatisation de choses immobilières, lesquelles restent globalement dans la maîtrise des cantons, soustraites à l'appropriation privée et utilisables « librement par tout un chacun ». ¹³ L'art. 664 al. 1 et 3 CC confirme aux cantons leur large pouvoir de légiférer sur le sort des immeubles dans l'usage commun. ¹⁴ Il ne prévoit pas lui-même un droit de propriété, un quelconque régime de domanialité publique, de propriété ou ne précise la portée de la « haute police » (« *Hoheit* »), mais inclut la faculté de réguler ces matières dans le droit public cantonal. ¹⁵ La domanialité publique ne soulève ainsi pas en priorité une question de propriété privée, mais bien de droits publics d'usage et de gestion de ces droits. ¹⁶

[7] Suivant l'art. 664 al. 1 CC, font partie du domaine public les immeubles considérés comme étant par nature dans l'usage commun (« choses sans maître », domaine public naturel ; « *Herrenlose Sachen* »), tels que les eaux publiques et les régions impropres à la culture, ainsi que les ouvrages créés et aménagés par l'homme qui sont dans l'usage commun par le biais d'actes d'affectation (« biens du domaine public », domaine public artificiel ; « *öffentlichen Sachen* »).¹⁷

En droit vaudois, l'art. 63 du code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (CDPJ-VD¹⁸) liste les objets dépendant du domaine public sous réserve des droits privés constitués, notamment les routes cantonales et communales, ainsi que les places publiques, les eaux et leurs lits ou encore les régions impropres à la culture.

[8] Le transport et la distribution d'énergie rendent indispensable de construire et d'exploiter un réseau de conduites souterraines ou en surface afin de transporter et de distribuer l'énergie thermique. L'incidence spatiale des réseaux thermiques se traduit dès lors par la nécessité de

¹¹ ULRICH HÄFFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8^e éd., Zurich/St. Gall 2020, N 2254 ss ; ANDRÉ W. MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung im Lichte der bundesrechtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern, Berne 2011, p. 34 ; JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, Bâle 2014, N 1479.

¹² Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210).

¹³ TF 2P.96/2000 du 8 juin 2001, c. 5a = SJ 2001 I 557, p. 561.

¹⁴ DENIS PIOTET, La théorie des droits réels administratifs en Suisse, Réflexions à propos de l'impérialisme dogmatique du droit privé, in : Bovay/Nguyen (édit.), Mélanges en l'honneur de Pierre Moor : Théorie du droit administratif – Organisation du territoire, Berne 2005, p. 465.

¹⁵ SJ 1995 617, 619 ; ATF 29 II 773 ; ATF 44 I 158 ; ATF 113 II 236, c. 4 = JdT 1988 I 242. Voir en doctrine RENÉ MEYER, Du droit de l'État sur le domaine public et des utilisations privatives de ce domaine par les particuliers, Lausanne 1953, p. 40.

¹⁶ Voir, à propos du domaine public et la souveraineté étatique s'y exerçant en vertu de l'art. 664 CC, THIERRY LARGEY, Le statut juridique de l'air, Fondements d'une théorie de l'air en tant que chose commune, en droit suisse et international, Lausanne 2017, p. 57 ss.

¹⁷ LARGEY (note 16), p. 58 s.

¹⁸ Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (CDPJ-VD, RS VD 211.02).

traverser parfois des terrains privés,¹⁹ mais d'utiliser au premier chef le domaine public.²⁰ Le transport et la distribution de chaleur et de froid sont en ce sens susceptibles de mobiliser deux catégories de biens associés au domaine public :

- Les *routes publiques* sont définies aux al. 1 et 2 de l'ordonnance fédérale sur les règles de la circulation routière du 13 novembre 1962 (OCR²¹) comme « les voies de communication utilisées par des véhicules automobiles, des véhicules sans moteurs ou des piétons [...] qui ne servent pas exclusivement à l'usage privé ». ²² Sous réserve des routes nationales, la souveraineté sur les routes publiques relève de la prérogative des cantons.²³

Selon l'art. 2 de la loi vaudoise sur les routes du 10 décembre 1991 (LRou-VD²⁴), la domanialité publique s'étend aux trottoirs, talus, accotements, places rattachées au domaine public, ponts et tunnels, ainsi qu'aux espaces libres supérieurs ou inférieurs à la chaussée.

- De manière générale, le régime juridique (de droit privé ou droit public) applicable *au sous-sol* dépend du statut juridique du bien-fonds sous lequel il se situe, faisant soit partie du domaine privé, soit du domaine public.²⁵ Les cantons ont la compétence de limiter par voie législative la profondeur de la propriété privée au-delà de laquelle le sous-sol appartient au domaine public. S'ils ne le font pas, la règle générale de l'art. 667 al. 1 CC permet de déterminer cette profondeur.²⁶ Bien que certains auteurs estiment que la profondeur utile à l'exercice de la propriété s'étende à une trentaine de mètres,²⁷ celle-ci dépend des activités ordinaires pouvant se réaliser sous la propriété ; il s'agit d'évaluer *in casu* les intérêts en cause, notamment ceux des propriétaires, qui sont différents en fonction des caractéristiques physiques du fond, son affectation, etc.²⁸

Au-delà de l'étendue utile ou de la limite du domaine privé définie par le droit cantonal, la doctrine majoritaire considère le sous-sol comme une chose sans maître au sens de l'art. 664

¹⁹ Voir à ce propos ANDREAS ABEGG/NAGIHAN MUSLIU, Die Fernwärmeversorgung – eine rechtliche Einordnung, sui generis 2022, p. 43, N 26 et 27.

²⁰ Ce constat concerne aussi bien les réseaux thermiques « structurants » qui revêtent une certaine dimension, que les réseaux de proximité « non structurants » de petite taille qui ne desservent que quelques bénéficiaires. Voir sur ces notions MARTIN FÖHSE, Thermische Netze aus rechtlicher Perspektive, Ausgewählte Grundfragen zu Fernwärme & Co, PJA 5/2023, p. 600 s.

²¹ Ordonnance sur les règles de la circulation routière du 13 novembre 1962 (OCR, RS 741.11).

²² Le Tribunal fédéral approche cette notion sous un angle fonctionnel et retient que le régime de propriété (privé/public) de la route n'est pas déterminant en soi. Le fait qu'elle serve au trafic général (« *allgemeiner Verkehr* »), c'est-à-dire qu'elle soit accessible à un cercle indéterminable de personnes, est le critère décisif. ATF 104 IV 105, c. 3. PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Bern 2022, p. 514.

²³ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 22), p 514 ss. Voir à ce propos les art. 2 et 3 de la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR ; RS 741.01).

²⁴ Loi vaudoise sur les routes du 10 décembre 1991 (LRou-VD, RS VD 725.01).

²⁵ IRÈNE MARTIN-RIVARA, L'usage du sous-sol pour l'acheminement de l'énergie, in : Défago/Wermelinger (édit.), Servitude, territoire et approvisionnement énergétique : trio explosif?, Bâle/Neuchâtel 2022, p. 157 ss.

²⁶ DENIS PIOTET/ETIENNE POLTIER, La marge d'autonomie du législateur cantonal dans l'exploitation de la géothermie, RDS 2015 I, p. 463 s.

²⁷ DENIS PIOTET, Le droit privé vaudois de la propriété foncières, Lausanne 1991, N 395 ; JUSTIN THORENS, L'étendue en profondeur de la propriété foncière, RDS 1970, p. 275.

²⁸ MATTHIEU CARREL, Le régime du sous-sol en droit suisse, Planification – Exploitation – Construction, Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 11 ss. ; PIERRE MOOR/François BELLANGER/THIERRY TANQUEREL, Droit administratif, volume III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État, 2^{ème} éd., Berne 2018, p. 657 s.

al. 1 CC, lequel est soumis au régime de droit public cantonal en tant que bien du domaine public naturel.²⁹

En droit vaudois, selon l'art. 63 al. 1 ch. 4 CDPJ, le sous-sol au-delà de la propriété privée est considéré comme dépendant du domaine public.

Le domaine public peut, en outre, être utilisé dans le cadre du prélèvement de chaleur ou de froid. Outre la chaleur du sous-sol, l'eau est également une source d'énergie thermique non négligeable :

- Les *eaux publiques* de surface ne sont pas définies par le droit fédéral. Il appartient ainsi aux cantons de prescrire une définition et une délimitation du domaine public des eaux dans leur droit public respectif.³⁰

Le droit cantonal vaudois prescrit, à l'art. 64 du CDPJ-VD, que le domaine public des eaux s'étend jusqu'aux ports, grèves, enrochements ainsi qu'aux rivages dans la limite du niveau des hautes eaux normales.

Il convient d'ajouter que *les sources*, selon le principe de l'accession, sont en principe une partie intégrante des fonds desquels elles jaillissent ; la propriété du fond s'étend donc en général à elles (art. 667 al. 2 et 704 al. 1 CC). Pour qu'une source soit publique, il est nécessaire que le droit cantonal le prévoie et qu'elle donne immédiatement naissance à un cours d'eau en jaillissant.³¹

- Les *eaux souterraines* qui, d'après l'art. 704 CC, suivaient initialement le régime de propriété du fond de surface, ont néanmoins été attribuées à la propriété publique par la jurisprudence, qui a admis que l'art. 704 CC était lacunaire ; la fonction hydrologique, environnementale et collective des eaux souterraines n'était pas suffisamment prise en compte selon le Tribunal fédéral. On peut inférer de cette jurisprudence que les eaux s'étendant sur toute une région et disposant d'une large zone d'alimentation sont publiques en vertu du droit fédéral et que les eaux souterraines ne répondant pas à cette exigence peuvent être déclarées publiques par les droits cantonaux.³²

2.2. Les usages du domaine public

2.2.1. L'usage commun

[9] L'*usage commun* du domaine public regroupe toutes ses utilisations conformes à son affectation qui permettent l'usage simultané par les tiers, sans autorisation, et qui ne portent pas à la substance du bien considéré.³³

[10] La conformité à l'affectation s'examine au regard de la destination de la chose (« *Zweckbestimmung* ») prise au sens large.³⁴ La condition de la simultanéité est remplie lorsqu'un grand nombre

²⁹ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 692 ss. ; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 22), p. 507 ss. ; LARGEY (note 16), p. 301 s.

³⁰ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 652 ss.

³¹ ATF 97 II 333 ; TF 5A.420/2022 du 8 décembre 2022.

³² CARREL (note 28), p. 58 ss. ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 656.

³³ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 657.

³⁴ Voir à ce propos MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 694 s. ; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 22), p. 508.

de personnes peut au même moment exercer un usage similaire de la chose.³⁵ Une régulation restrictive d'un usage commun ne modifie pas sa nature, tant que son intensité demeure la même, et que l'égalité d'accès reste possible dans les faits. Ainsi, il s'agit d'examiner la « compatibilité générale » de l'usage avec les autres formes d'usages (« *Gemeinverträglichkeit* »).³⁶ La condition de l'absence d'atteinte à la substance est particulièrement importante dans le cas du domaine public naturel ; il s'agit de se référer aux traditions et habitudes d'usages et, si cela n'est pas suffisant, d'examiner dans quelle mesure l'activité porte atteinte à l'intégrité naturelle du domaine en incluant « ses habitants naturels ».³⁷

2.2.2. L'usage accru et privatif

[11] Les usages plus que communs peuvent être accrus ou privatifs selon leur intensité.³⁸ L'usage est *accru* (« *der gesteigerte Gemeingebrauch* ») si son intensité est incompatible avec une utilisation généralisée par un nombre indéterminé de personnes, de telle manière à entraver significativement l'usage commun que voudraient exercer d'autres personnes ; il se distingue de l'usage commun par l'absence de réalisation de la condition de la conformité à l'affectation ou/et de la simultanéité (« *Gemeinverträglichkeit* »).³⁹ L'usage *privatif* (« *die Sondernutzung* ») du domaine public consiste en une utilisation qui exclut entièrement, par son intensité, les autres usagers. S'ajoute en doctrine l'idée que l'usage privatif devrait être incompatible avec la destination de la ressource.⁴⁰

[12] Les usages accru et privatif requièrent en principe l'octroi d'un titre juridique par l'autorité souveraine, sous la forme d'une *autorisation* ou d'une *concession domaniale*. Si, en pratique, l'autorisation est souvent associée à l'usage accru et la concession à l'usage privatif, ces associations ne sont aucunement nécessaires. En substance, l'octroi d'une autorisation d'usage du domaine public ne permet pas de conclure à un usage accru, à l'exclusion de tout usage privatif ; seul un examen des caractéristiques de l'usage en cause permet de le qualifier.⁴¹ Dans un arrêt récent consacré à la géothermie profonde dans le canton du Jura, le Tribunal fédéral remarque qu'une concession seraient plus appropriée, en rappelant que le canton reste libre de choisir entre la procédure d'octroi d'autorisation ou de concession ou la conclusion d'un contrat de droit administratif, lorsque le droit supérieur n'impose pas la concession.⁴²

³⁵ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 22), p. 508.

³⁶ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 693.

³⁷ ATF 119 Ia 197. Voir également MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 695.

³⁸ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 696 ; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 22), p. 509 ; LARGEY (note 16), p. 302 s.

³⁹ ATF 135 I 302, c. 3.2 ; ATF 127 I 164, c. 3b. Voir en doctrine MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 696 ; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 22), p. 509 ; DUBEY/ZUFFEREY (note 11), N 1518 à 1524 ; SIMON ZINGG, ad art. 664 CC, in : Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf (édit.), ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zurich 2011, N 16.

⁴⁰ Voir notamment DUBEY/ZUFFEREY (note 11), N 1525 ; ZINGG (note 39), N 517 ; FRANÇOIS BELLANGER, Commerce et domaine public, in : Bellanger/Tanquerel (édit.), Le domaine public, Journée de droit administratif 2002, Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 48.

⁴¹ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 697 ss. ; FRANÇOIS BELLANGER, Octroi de l'usage des biens de l'État et marchés publics, in : Bellanger/Tanquerel (édit.), La gestion et l'usage des biens de l'État à l'aune des droits fondamentaux, Genève/Zürich 2020, p. 102 ss.

⁴² ATF 145 II 32, c. 3.1. Dans un autre arrêt plus ancien, le Tribunal fédéral avait estimé que « lorsque le transfert d'un droit d'exploitation concerne l'usage du domaine public, c'est l'intensité de l'usage qui permet de détermi-

3. Marchés publics et marché intérieur

3.1. L'existence d'un marché public

3.1.1. Le but du droit des marchés publics

[13] Selon l'art. 2 de la loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 (LMP⁴³) et de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 (AIMP 2019⁴⁴), le droit des marchés publics a pour but de veiller à ce que l'État fasse une utilisation transparente et économique de l'argent public, en favorisant une concurrence efficace et équitable respectant les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.⁴⁵

[14] Le droit des marchés public a pour objectif de régler les situations où l'État, comme acteur poursuivant un intérêt public, intervient sur le marché libre en tant que demandeur, auprès d'opérateurs économiques motivés par des intérêts commerciaux; cette situation présente le double risque que les intérêts publics ne soient pas correctement préservés et que le fonctionnement concurrentiel du marché libre soit altéré.⁴⁶ Ainsi, la procédure de passation de marchés publics a pour but d'éviter certaines conséquences graves que peut avoir la réalisation des risques tels que l'inachèvement de certains projets de construction, la création de positions monopolistiques, la corruption, la réalisation lacunaire de tâches publiques ainsi que des pertes inutiles d'argent public.⁴⁷

[15] Les adjudicateurs du canton, du district et de la commune, sont soumis aux règles de l'AIMP,⁴⁸ alors que la LMP s'applique en revanche aux adjudicateurs de la confédération.⁴⁹

3.1.2. Le champ d'application du droit des marchés publics

[16] Le champ d'application de la législation sur les marchés publics est difficile à appréhender tant il y a d'opérations variées à prendre en compte pour sa définition. La jurisprudence s'est attelée, pendant ce que *POLTIER* appelle « 25 ans de tâtonnement »,⁵⁰ à délimiter cette notion, tout en élargissant la définition « traditionnelle »;⁵¹ elle a tout particulièrement établi que la rémunération (contreprestation onéreuse; « *Entgelt* ») n'a pas à intervenir sous forme d'argent et peut consister en l'octroi d'un droit exclusif, dont la mise à disposition à titre privatif du domaine pu-

ner si l'on a affaire à une autorisation (usage accru) ou à la délivrance d'une concession (usage privatif) ». ATF 143 II 598, c. 4.1.

⁴³ Loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 (LMP, RS 172.056.1).

⁴⁴ L'accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 (AIMP, RSB 731.2-1).

⁴⁵ Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695, p. 1729; Message type concernant la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics, version 1.2 du 24 septembre 2020, p. 24.

⁴⁶ *MARTIN BEYELER*, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Genève/Zurich/Bâle 2012, N 626.

⁴⁷ *BEYELER* (note 46), N 629 s.

⁴⁸ Art. 1 *cum* art. 4 al. 1 AIMP 2019.

⁴⁹ Art. 1 *cum* art. 4 al. 1 LMP.

⁵⁰ *ETIENNE POLTIER*, Marchés publics, délégations de tâches publiques et concessions, Journées suisses du droit de la construction (DC) 2020, Fribourg 2020, p. 11.

⁵¹ Voir notamment ATF 125 I 209; ATF 135 II 49 avec un panorama des positions doctrinales concernant l'analyse de la contreprestation à l'octroi de la concession (c. 4.3.2); ATF 144 II 184; ATF 144 II 177; ATF 145 II 32.

blic (« *Sondernutzungsrechte* »), voire d'autres prestations telles que la réalisation d'emplacements pour vélos en libre-service.⁵²

[17] Le champ d'application objectif des marchés publics est défini aux articles 8, 9 et 10 LMP/AIMP 2019, dont la teneur ne varie que peu entre la loi fédérale et l'accord intercantonal ; les articles 9 LMP 2019 et 9 AIMP 2019 sont identiques, les articles 8 LMP 2019 et 8 AIMP 2019 varient aux al. 4 et 5 à propos de la soumission des prestations aux marchés internationaux.⁵³ Les articles 8 et 9 LMP/AIMP 2019 délimitent les objets du droit des marchés publics : les marchés publics au sens propre à l'art. 8 LMP/AIMP 2019 et les délégations et concessions à l'art. 9 LMP/AIMP 2019.

[18] Selon la doctrine, les marchés publics au sens strict (« *öffentliche Aufträge* ») (art. 8 LMP/AIMP 2019) se distinguent des délégations de tâches publiques (« *Übertragung einer öffentlichen Aufgabe* ») et concessions (art. 9 LMP/AIMP 2019) en cela que pour les premiers, l'État n'acquiert qu'une aide à l'exécution de ses tâches alors que pour les secondes le soumissionnaire assume la tâche en son propre nom et à son propre compte et supporte la responsabilité de l'exécution de la tâche qui à l'origine incombe à l'État ainsi que le « risque d'entreprise » (transfert de la responsabilité de la réalisation de la tâche publique sur le concessionnaire). L'art. 9 LMP/AIMP 2019 présupposerait ainsi que la soumissionnaire réalise directement la tâche publique pour laquelle elle supporte une responsabilité d'exécution, a tout le moins contribue à son accomplissement.⁵⁴ Une autre caractéristique de délimitation proposée par la doctrine consiste en la durée de l'accord ; un marché public au sens de l'art. 8 LMP/AIMP 2019 obligerait le soumissionnaire sur une courte durée alors qu'une délégation de tâche publique ou une concession serait octroyée dans un acte de longue durée.⁵⁵

[19] La distinction du champ d'application des art. 8 et 9 LMP/AIMP 2019 revêt toute son importance en pratique. Les marchés publics au sens strict visés à l'art. 8 LMP/AIMP 2019 sont soumis à la concurrence internationale, alors que les délégations de tâches publiques et les concessions de l'art. 9 LMP/AIMP 2019 en sont exemptées. D'autre part, l'art. 9 al. 2 LMP/AIMP 2019 réserve les lois spéciales, à la différence de l'art. 8 LMP/AIMP 2019.⁵⁶

3.1.3. Les conditions de l'existence d'un marché public

[20] L'existence d'un marché public ne se définit pas aisément ; il dépend des circonstances d'espèce et des caractéristiques propres à chaque transaction entre l'État et un tiers privé. La soumis-

⁵² ATF 135 II 49, c. 5.2.2 ; ATF 144 II 184, c. 2.5 ; ATF 144 II 177, c. 1.3.5. En doctrine, voir BEYELER (note 46), N 726 et 730 ; ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, N 153.

⁵³ Confédération suisse, *Un projet commun de la Confédération et des cantons : Document comparatif pour la révision du droit des marchés publics du 7 mai 2020*, Berne 2020.

⁵⁴ JULIA BHEND, *Ausgewählte Aspekte zum Geltungsbereich des neuen Beschaffungsrechts*, Journées suisses du droit de la construction (DC) 2020, p. 17 s. ; HK BÖB/IVÖB-MÜLLER, ad art. 9, N 30 ss. ; OFK BÖB-TRÜEB/CLAUSEN, ad art. 9, N 14 ; ETIENNE POLTIER, *Deux énigmes autour de la notion de marché public : Analyse des art. 8 et 9 LMP/AIMP 2019*, RDS 2022 I, p. 147 s. Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695, p. 1745 ; Message type concernant la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics, version 1.2 du 24 septembre 2020, p. 35 ss.

⁵⁵ HK BÖB/IVÖB-MÜLLER, ad art. 9, N 30 ss. ; POLTIER (note 54), p. 148.

⁵⁶ La jurisprudence devra clarifier la délimitation entre ces articles. POLTIER (note 54, p. 156 s.) estime que le champ d'application de l'art. 9 LMP/AIMP 2019 sera interprété de manière restrictive afin de respecter les engagements internationaux de la Suisse.

sion à la procédure de marchés publics dépend ainsi d'un certain nombre de conditions cumulatives découlant aussi bien de l'art. 8 LMP/AIMP 2019 que de l'art. 9 LMP/AIMP 2019 :⁵⁷

- L'acte par lequel l'État confie l'exécution d'une tâche à un tiers doit être bilatéral et conclu librement, de telle sorte qu'il n'y a pas de marché public lorsque l'adjudicateur est contraint juridiquement de choisir un partenaire déterminé ni lorsque l'acquisition est fondée sur une décision ou une norme.⁵⁸ Il peut s'agir tant d'un contrat de droit privé que d'un contrat de droit public,⁵⁹ voire d'une concession. Au-delà de la forme de l'acte, il convient d'examiner si celui-ci présente un moyen pour l'État d'acquiescer une prestation.⁶⁰ Par conséquent, dans la mesure où l'octroi d'usages privatifs du domaine public peut se faire par le biais d'une autorisation, celle-ci pourrait présenter les caractéristiques d'un marché public soit : « une délégation ou un octroi de droits exclusifs ou spéciaux qui seront exercés dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération directe ou indirecte ».⁶¹
- Le partenaire privé doit poursuivre un *objectif commercial* ; son intérêt à la transaction doit être d'obtenir un avantage économique au sens large. Celui-ci consiste notamment en un avantage financier, d'expérience, de renommée ou de contact – inscrit dans le court ou le long terme – grâce auquel il peut renforcer ou assurer sa position dans le marché libre.⁶²
- L'État *initie une demande de transaction* (« *öffentliche Veranlassung des Geschäfts* ») dans le but spécifique de faire réaliser directement ou indirectement des tâches publiques.⁶³ Le droit des marchés publics a notamment pour objectif de protéger le fonctionnement concurrentiel du libre marché des risques de discriminations liés à une intervention de l'État. Tel est le cas en présence d'une intervention de l'État effectivement menaçante pour le libre marché, également lorsque l'acteur du marché est entré de lui-même et en premier en interaction avec l'État, mais que ce dernier influence la transaction – de telle sorte que sa neutralité concurrentielle n'est plus préservée.⁶⁴

Dans la mesure où l'État se contente de réguler les activités de manière générale, il n'y a en principe pas de risque de discrimination, de même lorsqu'il se contente d'aliéner un bien. Par conséquent, lorsque l'État n'est pas à l'origine de l'activité mais se contente de la réguler, la transaction échappe au droit des marchés publics.⁶⁵

- La transaction doit prévoir une *acquisition* de l'État, pas seulement une aliénation de sa part. De manière schématique, il existe une acquisition lorsque la partie soumissionnaire

⁵⁷ Voir à ce propos BEYELER (note 46), p. 278 ss. De manière synthétique, BELLANGER (note 41, p. 119) est d'avis qu'est soumis aux marchés publics « tout acte de droit public ou de droit privé, aboutissant à octroyer des droits exclusifs ou spéciaux qui seront exercés dans l'intérêt public, dans le cadre de l'exécution d'une tâche publique en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte, devrait pouvoir être à l'origine d'un marché public ».

⁵⁸ Voir à ce propos BEYELER (note 46), N 639 ; POLTIER (note 52), N 150 s.

⁵⁹ POLTIER (note 52), N 150.

⁶⁰ BELLANGER (note 41), p. 118 s.

⁶¹ BELLANGER (note 41), p. 118 s. ; OFK BÖB-TRÜEB/CLAUSEN, ad art. 9, N 13 ; HK BÖB/IVÖB-MÜLLER, ad art. 9, N 23, 26 et 28 s.

⁶² BEYELER (note 46), N 699–701 ; HK BÖB/IVÖB-MÜLLER, ad art. 9, N 41.

⁶³ BEYELER (note 46), N 669.

⁶⁴ Voir à ce propos VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN/SÉVERINE BEURET, Réseaux de chaleur et marchés publics, in : Boillet/Favre/Martenet (édit.), Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 544.

⁶⁵ BEYELER (note 46), N 669–672. ATF 145 II 32, c. 4.1 et 4.2.

fournit une prestation caractéristique, telle qu'une prestation de fournitures, de travaux de construction ou de services en échange d'une rémunération pécuniaire de la partie adjudicatrice.⁶⁶ Lorsque l'État ne transfère pas son patrimoine à des fins de valorisation, mais dans l'objectif de l'investir pour réaliser d'autres buts d'intérêt public, il est admis que l'on se trouve en présence d'une acquisition.⁶⁷ En outre, les prestations prévues dans le marché public n'ont pas à être fournies à l'État mais peuvent également être fournies à des tiers ou à la population généralement.⁶⁸

Les concessions qui octroient un droit exclusif ou spécial – qu'elles soient de monopole ou domaniales – et qui sont exploitées dans un but d'intérêt public, lorsque la responsabilité de l'exécution de l'activité est transférée à l'acteur privé qui l'exerce en son propre nom et à ses propres risques, sont soumises à l'art. 9 LMP/AIMP 2019.⁶⁹

- La transaction doit contribuer à l'accomplissement d'une *tâche publique* ou seulement le favoriser.⁷⁰ Par tâche publique, il faut entendre un mandat imposé à l'État et ancré dans une loi formelle ou dans la constitution, pour lequel l'État a une responsabilité d'exécution, qu'il s'en charge lui-même ou qu'il en charge un tiers.⁷¹ Le Tribunal fédéral admet une conception large de la tâche publique qui inclut « toutes les activités qui favorisent un intérêt public, sans être nécessairement elles-mêmes des tâches publiques à proprement parler ».⁷²

Le risque d'exécution de la tâche incombe à l'État dans les marchés publics de l'art. 8 LMP/AIMP 2019 ; s'agissant de l'art. 9 LMP/AIMP 2019, la responsabilité de l'exécution de la tâche est transférée au soumissionnaire qui exécute la prestation en son nom et pour son propre compte en supportant le risque d'entreprise.⁷³ Au demeurant, l'art. 9 LMP/AIMP 2019 exige que le soumissionnaire exerce les droits (exclusifs ou spéciaux) octroyés dans l'intérêt public. Cette condition est remplie dans les cas de délégations de tâches publiques dès lors que le délégataire est obligé de respecter l'intérêt public selon l'art. 5 al. 2 Cst.⁷⁴

- La transaction doit prévoir une *contreprestation onéreuse* (« *Entgelt* »). Il suffit que l'acte ne soit pas passé gratuitement, la nature et la hauteur de la contreprestation n'étant pas pertinentes en soi.⁷⁵ Ainsi, la notion de contreprestation onéreuse peut prendre n'importe quelle forme, notamment, l'octroi d'un droit d'usage (du domaine public), elle peut provenir du

⁶⁶ POLTIER (note 52), N 141 ; MARTIN BEYELER Wettbewerbsneutralität der kommerziellen Nutzung öffentlicher Sachen, in : Boillet/Favre/Martenet (édit.), Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 480. Voir également ATF 125 I 209, c. 6b.

⁶⁷ POLTIER (note 54), p. 135 et 153 s. ; BEYELER (note 66), p. 479 s.

⁶⁸ BEYELER (note 46), N 673 ss. ; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/JULIEN LE FORT, L'assujettissement des PPP au droit des marchés publics, Journées suisses du droit de la construction (DC) 2006, p. 102.

⁶⁹ POLTIER (note 50), p. 12 ; POLTIER (note 54), p. 138 et 153 ; BÖB/IVÖB-MÜLLER, ad art. 9, N 27 s.

⁷⁰ BELLANGER (note 41), p. 117 ; JEAN-MICHEL BRAHIER, Partenariat public-privé et concession de travaux, Journées suisses du droit de la construction (DC) 2017, p. 104 ; DÉFAGO GAUDIN/BEURET (note 64), p. 541 ; ZUFFEREY, Réglementation et autres aspects, in : Zufferey/Beyeler/Scherler (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2020/Marchés publics 2020, Journées suisses du droit de la construction (DC), Genève/Zürich/Bâle 2020, p. 39.

⁷¹ ETIENNE POLTIER (note 50), p. 13 ; BELLANGER (note 41), p. 116.

⁷² ATF 135 II 49, c. 5.2.2. Des vélos en libre-service remplissent la condition de la tâche publique par le simple fait qu'elle contribuait à la promotion de la mobilité douce et la réduction des nuisances liées au trafic motorisé.

⁷³ BHEND (note 54), p. 17 s. ; BÖB/IVÖB-MÜLLER, ad art. 9, N 30 ss. ; OFK BÖB-TRÜEB/CLAUSEN, ad art. 9, N 14 ; POLTIER (note 54), p. 153.

⁷⁴ BÖB/IVÖB-MÜLLER, ad art. 9, N 42.

⁷⁵ BEYELER (note 46), N 725.

pouvoir adjudicateur lui-même ou des destinataires de l'activité du partenaire, l'État n'étant pas obligatoirement le destinataire direct de la prestation caractéristique.⁷⁶

Selon l'art. 9 LMP/AIMP 2019, la rémunération peut consister en une indemnité et être directe ou indirecte ; il existe une rémunération indirecte lorsque le concessionnaire peut percevoir auprès des usagers, grâce au droit concédé, des émoluments, en contrepartie de l'activité d'intérêt public.⁷⁷ En présence de concessions, la contreprestation indirecte peut consister en l'octroi même du droit exclusif ou spécial.⁷⁸ En revanche, la notion d'indemnité de l'art. 9 LMP exclut les aides financières définies à l'art. 3 al. 1 de la loi fédérale sur les aides financières et les indemnités du 5 octobre 1990 (LSu⁷⁹).⁸⁰

3.1.4. Exceptions et exemptions

[21] Aux conditions de l'art. 21 LMP/AIMP 2019 l'adjudicateur peut passer un marché public selon la procédure de gré à gré, sans appel d'offre préalable, en lieu et place de la procédure d'appel d'offres prévue pour les valeurs seuils s'appliquant à sa situation. Les hypothèses visées à l'art. 21 LMP/AIMP 2019 sont énumérées de façon exhaustive.⁸¹ En matière de réseaux thermiques, outre la situation générale de la let. a, une hypothèse spécifique mérite d'être relevée en tant qu'elle est susceptible d'être invoquée afin de justifier une exception : un seul soumissionnaire entre en considération en raison des particularités techniques du marché, et il n'existe pas de solution de rechange adéquate (let. c).

[22] Selon les art. 21 al. 3 AIMP 2019 et 21 al. 4 LMP, l'adjudicateur doit démontrer de manière documentée la réalisation des critères qui l'ont amené à procéder de gré à gré, une procédure de recours pouvant amener un Tribunal à examiner par exemple si l'objet du marché public a convenablement été déterminé. Toutefois, un soumissionnaire ne peut recourir contre une adjudication fondée sur la let. c. que s'il peut proposer la prestation définie. En outre, il appartient au recourant de prouver qu'il existe une alternative adéquate.⁸²

[23] L'art. 9 LMP réserve de surcroît les « dispositions des lois spéciales », l'art. 9 AIMP 2019 précisant que cette réserve vise tout aussi bien les dispositions de droit fédéral que de droit cantonal. Le Conseil fédéral justifie la réserve de l'art. 9 LMP/AIMP 2019 au motif qu'une procédure de marchés publics ne serait pas adéquate dans les cas où l'État délègue une tâche à une entité qu'il aurait désignée dans un acte spécial ou à un organisme institué *ad hoc* – ce qui se fait parfois dans des domaines tels que la surveillance économique ou la surveillance de sécurité.⁸³ Les cantons peuvent ainsi prévoir des exemptions de procédure de marchés publics dans une loi spéciale ;⁸⁴

⁷⁶ BEYELER (note 46), p. 334 ss. ; POLTIER (note 52), N 153 ss. ATF 144 II 184, c. 2.5 ; ATF 144 II 177, c. 1.3.5.

⁷⁷ POLTIER (note 50), p. 13.

⁷⁸ BÖB/IVöB-MÜLLER, ad art. 9, N 42. ATF 144 II 177, c. 1.3.5.

⁷⁹ RS 616.1.

⁸⁰ BÖB/IVöB-MÜLLER, ad art. 9, N 45 ; POLTIER (note 50), p.13.

⁸¹ BÖB/IVöB-MÜLLER, ad art. 21, N 4.

⁸² BÖB/IVöB-MÜLLER, ad art. 21, N 13 ss. ATF 137 II 313, c. 3.2.2 ; ATF 141 II 307, c. 6.3.

⁸³ Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695, p. 1746 ; Message type concernant la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics, version 1.2 du 24 septembre 2020, p. 36.

⁸⁴ Selon MÜLLER, une loi au sens matériel serait suffisante pour autant que la dérogation au régime de base de l'art. 9 LMP/AIMP 2019 soit objectivement justifiée et garantisse une procédure de sélection transparente et prévisible pour les soumissionnaires. BÖB/IVöB-MÜLLER, ad art. 9, N 59 ss.

ils ne peuvent pour autant se soustraire aux exigences de l'art. 35 al. 2 Cst., ni du droit fédéral, notamment la LMI.⁸⁵

3.2. La loi sur le marché intérieur (LMI)

3.2.1. Le champ d'application objectif

[24] L'art. 2 al. 7 LMI prescrit 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 ». La disposition s'applique tant aux monopoles de fait que de droit, pour autant que l'activité concernée soit de nature économique,⁸⁶ et si une loi spéciale de droit fédéral ne prévoit pas le contraire.⁸⁷

[25] Lorsque le transfert d'un droit d'exploitation concerne l'usage du domaine public, le Tribunal fédéral précise que c'est l'intensité de l'usage qui permet de déterminer si l'on a affaire à une autorisation (usage accru) ou à la délivrance d'une concession (usage privatif) conduisant à l'application de l'art. 2 al. 7 LMI. Une autorisation assortie d'obligations de service public devait être assimilée à une concession de monopole et son octroi soumis à l'art. 2 al. 7 LMI.⁸⁸ Ainsi, l'acte conférant un droit est en lui-même moins déterminant que la position juridique qu'il procure à son destinataire.⁸⁹

3.2.2. L'exigence d'un appel d'offres public

[26] L'art. 2 al. 7 LMI contraint l'autorité à procéder à un appel d'offres non discriminatoire pour les personnes ayant leur établissement ou siège en Suisse ; il n'y a alors pas lieu d'appliquer le droit des marchés publics dans son ensemble, mais uniquement de suivre des règles minimales garantissant une transmission de monopole transparente et non discriminatoire, ainsi que les règles spécifiques de l'art. 9 al. 2 LMI (voies de droit), les modalités de l'appel d'offre étant laissées à la compétence des cantons et communes concernées qui peuvent s'inspirer du droit des marchés publics.⁹⁰

[27] Le régime de la LMI exige une procédure transparente et non discriminatoire, l'autorité devant mettre en place un appel d'offres permettant aux personnes physiques et morales intéressées de déposer une offre et attribuer la « concession » par le biais d'une décision attaquable par voie

⁸⁵ POLTIER (note 50), p. 12.

⁸⁶ ATF 145 II 303, c. 6.1.1 ; ATF 143 II 598, c. 4.1.1 ; Commission de la concurrence (COMCO), Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der K verträge zwischen den Central-schweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, Berne 2011, § 27 ss.

⁸⁷ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 162. Voir notamment l'art. 3^{bis} de la loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques du 22 décembre 1916 (LFH ; RS 721.80).

⁸⁸ ATF 145 II 32, c. 4.1 : « Cette transmission est en général dénommée concession (de monopole), mais le terme employé n'est pas décisif en soi au regard du champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI ».

⁸⁹ ATF 143 II 598, c. 4. Voir également l'affaire relative à la gestion de théâtres à Genève dans laquelle les conventions conférant un usage exclusif des locaux pour une durée qui n'est pas négligeable (3 saisons) se comportent ainsi des caractéristiques propres à une concession. ATF 145 II 303, c. 6.3.

⁹⁰ Évoqué dans ATF 135 II 49, c. 4.1, confirmé dans ATF 143 II 120, c. 6.3.1.

de recours ; le contentieux ne peut être porté devant le Tribunal fédéral qu'aux conditions de l'art. 83 lit. f de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF⁹¹).⁹²

[28] Dans un arrêt concernant l'octroi d'une concession d'affichage sur le domaine public de la commune de Genève, le Tribunal fédéral a constaté la nullité d'une décision d'octroi de concession rendue sans appel d'offre – en violation de l'art. 2 al. 7 LMI.⁹³ « Il n'est ainsi pas exclu qu'un juge administratif puisse constater la nullité < par ricochet > d'une concession au motif que celle-ci est fondée sur une décision d'attribution de monopole s'avérant nulle en raison d'une violation crasse de l'art. 2 al. 7 LMI » ; cette question devait être examinée en relation avec la nature de la violation ainsi que des effets que celle-ci a pu avoir sur la concession.⁹⁴

3.2.3. La coordination avec le droit des marchés publics

[29] Le principe *lex specialis derogat legi generali* exclut l'application concurrente de la LMI, lorsque les règles de procédure du droit des marchés publics s'appliquent.⁹⁵ En outre, l'art. 5 LMI pose la présomption selon laquelle la LMI est respectée lorsque l'adjudication d'un marché ou l'octroi d'une concession de monopole se fonde sur le droit intercantonal du droit des marchés publics. Les autorités peuvent s'inspirer du droit des marchés publics lorsqu'elles appliquent la LMI, ce qui semble désirable s'agissant de l'appel d'offre.⁹⁶

4. Réseaux thermiques et octroi de droits exclusifs ou spéciaux sur le domaine public

4.1. Qualification de l'usage de domaine public par les conduites de réseaux thermiques

[30] Les conduites de réseaux thermiques sont construites en principe en souterrain, à faible profondeur ; elles peuvent être parfois également aménagées en surface. Pour des considérations de maîtrise foncière ainsi que de logique de tracé, les conduites sont installées en priorité dans des biens fonds publics, principalement les routes et chemins publics. Ce faisant, la construction et l'exploitation des réseaux thermiques sont soumises au droit public des cantons concernés régissant les usages du domaine public.⁹⁷

[31] La pose de conduites souterraines n'est pas compatible avec d'autres formes d'usage du sous-sol des routes publiques (« *gemeinverträglich* ») car elle ne constitue pas une activité régulièrement accessible, de manière continue, à un nombre indéterminé de personnes. Lorsque la condition de la simultanéité des usages (« *Gemeinverträglichkeit* ») n'est pas remplie, il en découle un usage du domaine public qui doit être qualifié d'accru ou de privatif. La distinction entre ces deux

⁹¹ Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF, RS 173.110).

⁹² ATF 145 II 303, c. 6.4.1.

⁹³ TF 2C_959/2021 et TF 2C_961/2021 du 30 novembre 2022.

⁹⁴ TF 2C_959/2021 et TF 2C_961/2021 du 30 novembre 2022, c. 9.

⁹⁵ ATF 135 II 49, c. 4.1. À propos des discussions sur le maintien de l'art. 2 al. 7 LMI, voir Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695, p. 1722 et 1744.

⁹⁶ OFK BGBM-OESCH/RENFER, ad art. 2, N 6.

⁹⁷ Conseil fédéral (note 3), p. 19 ; MARTIN-RIVARA (note 25), p. 158.

catégories d'usage ne doit pas être entreprise en fonction des modalités d'octroi prévue par le législateur – notamment du titre juridique qui confère le droit d'usage, mais en fonction des critères usuels que sont l'intensité de l'usage, la durée d'exclusion des autres usages, la conformité à la destination du bien ou l'atteinte à la substance du fond.⁹⁸

[32] En substance, un usage est à qualifier de *privatif* lorsqu'il exclut durablement les autres usages et qu'il n'est pas conforme à l'affectation ou lorsqu'il exclut durablement les autres usages et qu'il porte atteinte à la substance du fond.⁹⁹ D'autres indices doivent, en outre, être pris en considération : l'intensité de l'emprise sur le domaine public, la durée de l'exclusion des autres usages, ainsi que le respect de l'égalité de traitement. La jurisprudence considère que sont notamment des usages accrus du domaine des routes publiques le parcage de longue durée, le fait de distribuer du matériel publicitaire, la mise en place de stands d'information, d'une tente de cirque, ou encore les manifestations et processions ; en principe, les usages provisoires constituent des usages accrus.¹⁰⁰

[33] Dans la mesure où les conduites sur les routes publiques ou dans leur sous-sol sont installées de manière fixe et durable, qu'elles ne permettent pas la réalisation d'un réseau parallèle dans le même territoire du bien public, elles placent l'exploitante dans une situation d'exclusivité d'usage. À notre sens, il convient de retenir que l'usage qu'elles représentent est à qualifier de *privatif*.¹⁰¹ On peut néanmoins réserver l'hypothèse de conduites de taille réduites installées provisoirement, notamment dans le cas d'essais-pilotes, dont la nature de l'usage est accrue.

Dans le canton de Vaud, la LRou-VD prévoit que « les routes cantonales sont la propriété du canton. Les routes communales ainsi que les routes cantonales en traversée de localité sont la propriété des communes territoriales » ; la délivrance d'autorisations, de permis ou de concessions, concernant un usage excédant l'usage commun est de la compétence du département des infrastructures pour les routes cantonales et de la municipalité pour les routes communales.¹⁰² Suivant l'art. 29 LRou-VD, la pose de conduites souterraines ou aériennes est considérée par le législateur cantonal comme étant un usage *privatif* du domaine public. Cette disposition prévoit également que de tels usages doivent faire l'objet de permis ou de concessions domaniales, ces dernières s'imposant lorsque des investissements importants sont prévus. La durée d'usage du domaine public doit être en toute circonstance déterminée.

[34] Le même raisonnement est à notre sens applicable à l'usage du domaine public souterrain situé en-dessous de biens fonciers privés, dans l'hypothèses où un réseau thermique devait être construit à une profondeur qui excède la portée tridimensionnelle de la propriété privée – définie *in casu* en fonction de la profondeur utile de l'art. 667 al. 1 CC ou de manière générale et abstraite par le droit public cantonal. Pour les mêmes motifs, l'usage qui est fait du sous-sol public par les conduites de réseaux thermiques destinées à subsister durablement est de nature *privative*.

⁹⁸ *Supra* 2.2.2.

⁹⁹ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 596 ss ; *Supra* 2.2.2.

¹⁰⁰ ATF 135 I 302, c. 4 ; ATF 143 II 598 ; c. 4.1.1 ; ATF 121 I 129, c. 4. En doctrine, voir TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 22), p. 519 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 702 s.

¹⁰¹ Dans ce sens ETIENNE POLTIER, *Droit suisse de l'énergie*, Berne 2020, p. 34 : « [...] l'utilisation du domaine public correspondante, dans la mesure où elle implique une emprise durable, doit être considérée comme de nature *privative*. »

¹⁰² Art. 7 et 26 *cum* art. 3 al. 2^{ter} LRou-VD.

[35] Les réseaux thermiques, pour le moins structurants, confèrent à leur propriétaire un monopole naturel. De la sorte, la création d'un réseau parallèle, bien qu'il soit théoriquement envisageable sur le plan technique, apparaît économiquement déraisonnable et dépourvu de sens – et en pratique exclu.¹⁰³ Au demeurant, un réseau parallèle n'est pas désirable en vertu de la finitude du sous-sol public et ne consisterait pas une utilisation judicieuse et mesurée du sol telle qu'inscrite à l'art. 75 al. 1 Cst. et à l'art. premier de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT¹⁰⁴). Il convient au surplus de relever que la réalisation d'un réseau thermique parallèle empruntant le sous-sol d'une autre voie publique ou le sous-sol public en-dessous d'immeubles privés n'ôte pas la nature exclusive de l'usage du réseau initial ; chacun des deux réseaux fait un usage privatif du domaine public qu'il traverse. Il en est de même lorsque deux réseaux utilisent la même route publique, mais sur des tronçons différents. La qualification de l'usage en cause dépend des caractéristiques propres de l'usage qui est fait *in casu* du domaine public, chaque réseau excluant de manière durable tout autre usage sur leur tronçon respectif.

4.2. Monopoles et réseaux thermiques

4.2.1. Le transfert de droits exclusifs d'usage du domaine public

[36] L'exercice d'activités économiques peut être restreinte par la loi ou la Constitution (*monopole de droit*), ou parce qu'il nécessite l'utilisation d'une ressource dans la maîtrise de l'État (*monopole de fait*). En vertu de l'art. 664 CC, l'État dispose d'un monopole de fait sur le domaine public situé sur son territoire. Compte tenu de la souveraineté qu'il exerce sur ce dernier, il est libre d'y construire et d'y exploiter lui-même des conduites de réseaux thermiques ou de transférer l'exercice du monopole à un tiers. Plus précisément, les cantons souverains ou les collectivités publiques désignées par eux peuvent transférer les droits d'usage exclusifs et spéciaux du domaine public en octroyant un titre juridique prescrit par le droit cantonal – une autorisation ou une concession domaniale.¹⁰⁵

[37] Venant nuancer la position d'une partie de la doctrine qui est d'avis que le transfert de monopoles ne peut se faire que par le biais d'une concession,¹⁰⁶ une approche convaincante soutient que les monopoles peuvent être valablement transférés par le biais de contrats de bail ou d'autorisations domaniales ;¹⁰⁷ en revanche, la concession ne peut intervenir qu'en présence d'un monopole de fait ou de droit dès lors qu'elle doit avoir pour objet le *transfert d'un droit exclusif* (par exemple l'usage privatif du domaine public).¹⁰⁸ Au surplus, contrairement à la doctrine majoritaire,¹⁰⁹ le Tribunal fédéral admet qu'il est possible de soumettre à autorisation l'usage du domaine public, même en l'absence de base légale. Dès lors que la collectivité publique dispose

¹⁰³ Dans le même sens FÖHSE (note 20), p. 600 ; MARKUS SCHREIBER, in : Heselhaus/Schreiber/Zumberhaus (édit.), *Handbuch zum schweizerischen Energierecht*, p. 200.

¹⁰⁴ Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT, RS 700).

¹⁰⁵ *Supra* 2.2.2.

¹⁰⁶ Voir notamment TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 22), p. 459 : « *Staatliches Monopol und Konzession hängen also untrennbar zusammen* ».

¹⁰⁷ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 159 ; BELLANGER (note 41), p. 104.

¹⁰⁸ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 159 ; POLTIER (note 50), p. 137.

¹⁰⁹ Notamment HÄFELIN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 11), N 384 et 2286 ; ALAIN GRIFFEL, *Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung*, Zurich 2017, N 411.

de la maîtrise sur le domaine public, il peut en réglementer librement l'usage au moyen d'autorisations, tant lorsqu'il est accru que lorsqu'une concession d'usage privatif est nécessaire.¹¹⁰

En droit vaudois, l'utilisation privative du domaine public afin d'y aménager des conduites est possible moyennant l'octroi d'une autorisation, le plus souvent d'une concession. Plus spécialement, l'art. 29 LRou-VD précise que les usages privatifs du domaine public des routes « font l'objet de permis ou de concessions ».¹¹¹ Les permis (autorisations) sont délivrés pour les installations qui n'entravent pas l'entretien de la route et qui sont adaptées aux modifications que l'autorité voudra adopter. Ils sont en outre délivrés à bien plaisir, peuvent être révoqués en tout temps sans indemnité, les dépenses pour les bénéficiaires résultant des modifications adoptées par l'autorité étant à leur charge. Les concessions sont quant à elles délivrées pour des usages non-communs qui impliquent des « investissements importants » ; il s'agit de la sorte de protéger ces derniers et garantir leur amortissement par l'octroi de droits acquis dont le contenu essentiel est, pour des motifs de protection de la confiance, protégé par la garantie de la propriété.¹¹²

L'autorité compétente dispose d'une certaine liberté d'appréciation dans le choix du titre juridique à délivrer. S'agissant de l'installation de conduites de réseaux thermiques qui constitue un usage privatif du domaine public routier, l'investissement consenti par le tiers privé est en principe considérable. Dès lors qu'il importe de le protéger, l'instrument juridique de la concession s'impose. Dans l'hypothèse d'investissements modestes, un permis suffit, sans que la nature privative de l'usage ne soit toutefois remise en cause.

4.2.2. Le monopole de raccordement

[38] Les réseaux thermiques sont susceptibles de fonder un monopole de droit lorsqu'une règle de droit instaure une obligation de raccordement couplée à une obligation de soutirer de l'énergie.¹¹³ Ce monopole doit être impérativement prévu dans une base légale, poursuivre un but d'intérêt public et être proportionné.¹¹⁴ Cette obligation implique réciproquement une obligation de livraison pour l'exploitante de l'installation transformant l'acheminement de chaleur/froid par les conduites en une tâche publique ou un service public.¹¹⁵ L'obligation de se raccorder au réseau de chauffage à distance est considérée par la doctrine comme un monopole de droit indirect, car en introduisant cette obligation, la collectivité restreint grandement les possibilités de concurrence dans le secteur, bien qu'elle n'interdise pas explicitement l'activité¹¹⁶. Cependant, dans ce cas, la

¹¹⁰ ATF 121 I 279, c. 2b ; ATF 132 I 97, c. 2.2 ; ATF 135 I 302, c. 3.2.

¹¹¹ L'usage accru du domaine public des routes est soumis à autorisation (art. 27 LRou-VD).

¹¹² PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif Volume II : Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^{ème} éd., Berne 2011, p. 22 et 25 ; ABEGG/MUSLIU (note 19), N 22 avec les références citées. ATF 142 I 99, c. 2.4.3 ; ATF 132 II 485, c. 9.5.

¹¹³ Voir à ce propos ABEGG/MUSLIU (note 19), N 32 ss. ; FÖHSE (note 20), p. 601 ss.

¹¹⁴ POLTIER (note 101), p. 35.

¹¹⁵ POLTIER (note 101), p. 36.

¹¹⁶ MATHIEU SEYDOUX, *Réseaux thermiques et chauffage à distance*, Genève/Zürich 2022, N 758 avec les références citées.

collectivité ne désigne pas dans la loi l'entité chargée d'exercer l'activité, celle-ci devra alors être sélectionnée et mise au bénéfice d'une concession.¹¹⁷

4.3. L'application du droit des marchés publics aux réseaux thermiques

4.3.1. Le champ d'application objectif

[39] La construction et l'exploitation de conduites de réseaux thermiques exigent l'octroi d'un droit exclusif d'exercice du monopole étatique de fait sur le domaine public (droit d'usage privatif) – par le biais en principe d'une concession, voire d'une autorisation. L'existence d'un marché public en la matière dépend alors des conditions issues des art. 8 et 9 LMP/AIMP 2019.¹¹⁸

[40] *Initiative de l'État*. L'octroi de la concession domaniale à la demande du particulier qui souhaite installer son réseau thermique s'apparente davantage à une simple aliénation de l'État ou à une simple régulation des activités se trouvant sur son territoire dans une optique d'organisation et de planification de la ressource sol. Ce cas de figure n'est pas soumis au droit des marchés publics.

[41] En revanche, lorsque la collectivité publique influe sur la configuration du réseau ou le contenu de la concession, intervient dans la négociation des clauses, mue autrement par des considérations de régulation ou de simple réalisation de son patrimoine, il y a lieu de penser qu'elle cherche à acquérir une prestation auprès du concessionnaire. Cela indique à tout le moins le risque que l'autorité oriente l'action d'un acteur du libre marché d'une manière contraire à la neutralité concurrentielle. Cette situation entre dans le champ d'application fonctionnel du droit des marchés publics, de sorte à éviter des altérations du fonctionnement du libre marché par une intervention de l'État, pour d'autres raisons que l'aliénation d'un de ses biens ou des considérations de régulation.

[42] *Acquisition*. La transaction doit prévoir une acquisition de l'État, pas seulement une aliénation de sa part. La doctrine admet que la prestation acquise n'a pas à être impérativement fournie à la collectivité publique directement, mais peut être fournie à la population.¹¹⁹ POLTIER estime que l'État, lorsqu'il confie la gestion d'une cantine universitaire, procède d'une part à une aliénation et d'autre part à une acquisition de service en faveur de la communauté universitaire. Cela vaudrait également pour l'exploitation d'une crèche dans des locaux publics et pour la gestion d'un théâtre appartenant au patrimoine de l'État.¹²⁰

[43] Il ressort de la jurisprudence que le fait que la collectivité fixe des exigences importantes et détaillées quant à l'exercice de l'activité fait pencher la transaction en faveur d'une acquisition et de l'application du droit des marchés publics.¹²¹ Correspondent notamment à de telles exigences, l'imposition de tarifs, l'accessibilité du système à la population, le niveau de pollution de l'exploitation de l'installation. Ainsi, la conception de l'acte juridique entre l'autorité et l'exploitant joue un rôle important dans l'analyse de cette condition. Il s'agit d'examiner quelle influence a eu l'au-

¹¹⁷ SEYDOUX (note 116), N 763.

¹¹⁸ Pour les aspects théoriques, *Supra* 3.1.2.

¹¹⁹ BEYELER (note 46), N 673 ss. ; ZUFFEREY/LE FORT (note 68), p. 102.

¹²⁰ POLTIER (note 54), p. 135.

¹²¹ ATF 135 II 42 ; ATF 145 II 184.

torité sur les éléments de la concession et si cette influence est motivée par un intérêt général de régulation du sol, de sécurité ou de réalisation économique ou par d'autres motifs. Une acquisition doit être à notre sens admise lorsque le réseau de conduites est adapté ou modifié pour alimenter une partie du territoire à la demande de la collectivité publique, lorsque que le périmètre d'approvisionnement est influencé par l'autorité ou encore lorsque la collectivité publique et le tiers privé conviennent du périmètre d'approvisionnement, des priorités de réalisation ou des moyens de mise en œuvre.

[44] En présence d'une obligation de raccordement, en octroyant les droits d'usage du sol nécessaires, la collectivité publique acquiert auprès de l'exploitant du réseau thermique, mis au bénéfice de cette obligation, les moyens dont elle a besoin pour réaliser son objectif d'intérêt public, notamment, ses objectifs environnementaux et écologiques.¹²² Il s'agit dès lors d'un marché public.

[45] La taxation de l'énergie qui transite dans les conduites au profit des énergies renouvelables pourrait-il être un indice en faveur de l'acquisition de prestations dans le but de favoriser la réalisation d'une tâche publique ? Dans la mesure où cette taxation n'influence pas l'action de l'exploitante et s'applique à tous les acteurs du marché qui réaliseraient la même activité, la neutralité concurrentielle de l'État est à notre sens sauvegardée.

[46] *Exercice d'une tâche publique.* ZUFFEREY reconnaît que la question de l'existence d'une tâche publique se pose en présence de réseaux thermiques, à tout le moins quand une obligation de raccordement est instaurée.¹²³ DÉFAGO GAUDIN et BEURET se fondent sur les articles 24 et 25 de la loi vaudoise sur l'énergie du 16 mai 2006 (LVLEne-VD¹²⁴), ainsi que la planification énergétique territoriale adoptée il y a peu, pour admettre que la réalisation de réseaux thermiques dans le canton de Vaud relève de l'exercice d'une tâche publique.¹²⁵ À notre avis, qui rejoint celui de POLTIER,¹²⁶ la réalisation de réseaux thermiques relève de l'exercice d'une tâche publique, même en l'absence d'une obligation de raccordement ; elle favorise de manière incontestable l'intérêt public à un approvisionnement fondé sur une utilisation accrue des énergies renouvelables indigènes (art. 1 al. 2 let. c LEne).

[47] *Rémunération (« Entgelt »).* Selon la doctrine et la jurisprudence rendue sous l'ancien droit, il suffit que l'acte ne soit pas passé gratuitement. La rémunération peut prendre n'importe quelle forme et peut consister en les émoluments perçus auprès des utilisatrices des installations ou des droits exclusifs ou spéciaux octroyés.¹²⁷ Cette condition est à l'évidence remplie s'agissant de l'usage privatif du domaine public.

[48] *Objectif commercial du partenaire privé.* Le droit des marchés publics visant les cas où l'État met en danger la concurrence entre des acteurs du libre marché, le partenaire économique de l'État doit être motivé par un intérêt commercial. Cette condition ne requiert pas d'analyse plus

¹²² SEYDOUX (note 116), N 1277 s.

¹²³ ZUFFEREY (note 70), p. 41.

¹²⁴ RS VD 730.01. Il convient de noter qu'un projet de révision la LVLEne-VD est en cours d'élaboration alors que ces lignes sont rédigées.

¹²⁵ DÉFAGO GAUDIN/BEURET (note 64), p. 541 s. Voir également SEYDOUX (note 68), N 1277 s.

¹²⁶ POLTIER (note 50), p. 14 n. 29.

¹²⁷ BEYELER (note 46), N 725 ss. ; POLTIER (note 52), N 153 ss. ; POLTIER (note 50), p. 13 ; POLTIER (note 54), p. 138 ; BÖB/IVÖB-MÜLLER, ad art. 9, N 42. ATF 144 II 177, c. 1.3.5 ; ATF 144 II 184, c. 2.5.

approfondie ; elle s'applique aux réseaux thermiques, sous réserve d'installations privées (géothermie domestique) ou d'installations d'entités privées poursuivant un pur but idéal.

[49] Lorsqu'une collectivité publique souhaite faire construire ou exploiter en la forme commerciale un réseau thermique sur le domaine public par des tiers, voire seulement s'y raccorder, et que l'approvisionnement en chaleur ou fraîcheur constitue une tâche publique, elle doit en principe procéder à un appel d'offres public suivant les exigences de la législation sur les marchés publics.¹²⁸ Dans les situations où le bénéficiaire de l'opération par l'exercice de l'activité concédée réalise directement à tout le moins une partie de la tâche publique, en son nom et pour son propre compte, supporte le risque d'entreprise et se voit transférer une responsabilité d'exécution, alors il y a lieu d'appliquer l'art. 9 AIMP. Lorsque la collectivité publique n'acquiert qu'une aide à l'exécution de ses tâches, l'art. 8 AIMP trouve en revanche application.¹²⁹

4.3.2. Exceptions et exemptions

[50] L'art. 21 al. 2 let. c LMP/AIMP 2019 permet exceptionnellement une adjudication de gré à gré dans le cas où, en raison de particularités techniques du marché, un seul soumissionnaire entre en compte et qu'il n'existe pas de solution de rechange adéquate.¹³⁰ L'absence de jurisprudence à ce sujet rend la délimitation de la notion de « particularités techniques » délicate ; elles doivent pour le moins être telles qu'elles ne peuvent être fournies que par un soumissionnaire très précis. Cela pourrait être le cas pour des prestations rares, ne pouvant être fournies que par quelques acteurs du marché suffisamment spécialisés. Il n'est donc pas certain qu'une considération telle que la propriété des sources de chaleurs, dans le cas de l'exploitation du réseau thermique, par exemple, entre dans la notion de particularité technique. En effet, l'exploitation du réseau thermique par une entreprise propriétaire des sources de chaleurs dans la région pertinente est opportune mais ne constitue pas la seule possibilité d'exploiter un réseau de chaleur dans ladite région. Il est imaginable qu'une entreprise n'étant propriétaire d'aucune source de chaleur puisse proposer une prestation couvrant fonctionnellement les mêmes besoins, éventuellement à des coûts plus élevés. Quoi qu'il en soit, les exceptions de l'art. 21 al. 2 let. c LMP/AIMP 2019 supposent que la délimitation de l'objet de l'appel d'offre ait été fait dans le respect des dispositions du droit des marchés publics, que la collectivité invoque les facteurs de nature technique et prouve que ceux-ci rendent le recours à la procédure de gré à gré absolument nécessaire.¹³¹ Pour pouvoir former recours contre cette procédure, le soumissionnaire exclu doit démontrer qu'il est en mesure de fournir une offre correspondante. La doctrine est partagée sur l'interprétation qu'il faut donner à cette disposition ; à notre sens, il convient de retenir une interprétation restrictive.

[51] S'agissant des marchés publics qui entrent dans le champ d'application de l'art. 9 AIMP, les cantons peuvent édicter des règles spéciales en matière de droit des marchés publics lorsqu'ils ne souhaitent pas procéder suivant les exigences de celui-ci. En substance, ils peuvent adopter des règles de droit public de sorte à exempter les réseaux thermiques des exigences d'appel d'offres public prescrites par l'AIMP. En ce cas, la transmission du monopole d'usage du domaine public

¹²⁸ Dans le même sens ABEGG/MUSLIU (note 19), N 30 ; BEYELER (note 46), N 679 ss.

¹²⁹ *Supra* 3.1.3, en particulier la note 54.

¹³⁰ Pour les détails, *supra* 3.1.4.

¹³¹ Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695, p. 1771 s.

à un tiers ne saurait complètement échapper à un appel d'offre, l'art. 2 al. 7 LMI¹³² s'appliquant en principe.¹³³

4.4. L'appel d'offres public à l'art. 2 al. 7 LMI

[52] L'art. 2 al. 7 LMI s'applique en cas de « transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal » ; la nature de l'acte de transfert n'est à cet égard pas déterminant.¹³⁴ Encore faut-il que le monopole soit transféré à une entreprise privée ; les autorisations ou concessions domaniales entrent ainsi dans le champ d'application de la norme dès lors qu'elles présentent une nature économique et restreignent la concurrence.¹³⁵

[53] Les coûts que représentent la réalisation d'un réseau thermique – exploité économiquement par une entreprise privée – confère un monopole naturel à son propriétaire ; *de facto*, d'autres acteurs économiques sont écartés du marché dès lors que la construction d'un réseau parallèle est économiquement dépourvue de sens.¹³⁶ Partant, la création d'un réseau thermique dans le domaine public routier ou souterrain, avec le droit d'usage privatif qu'il suppose, équivaut matériellement à un transfert de monopole de droit car elle place le bénéficiaire du droit en question comme unique exploitant de cette activité économique sur le territoire considéré.¹³⁷ Ainsi, l'octroi d'un droit d'usage privatif du domaine public à des fins économiques qui n'est pas un marché public ou qui échappe au droit des marchés publics¹³⁸ suppose néanmoins un appel d'offres au sens de l'art. 2 al. 7 LMI. En présence d'une concession domaniale, « la transmission de l'exploitation de monopole cantonal ou communal » ne fait pas de doute, car il ne peut y'avoir de concession sans transmission de monopole.¹³⁹

[54] Le droit fédéral ne prévoit pas d'exemption ou d'exception à l'art. 2 al. 7 LMI pour les réseaux thermiques. Les cantons, *a fortiori* les communes, ne peuvent en édicter et sont tenus de se soumettre aux exigences de l'appel d'offres lorsque les conditions prescrites par la norme sont remplies¹⁴⁰.

[55] Dans un arrêt récent concernant un projet-pilote de géothermie profonde dans le canton du Jura (Haute-Sorne), le Tribunal fédéral tempère la soumission de l'octroi des droits d'usage exclusifs ou spéciaux à la LMI. Il écarte l'application de l'art. 2 al. 7 LMI au motif que l'acte litigieux était délivré à la demande d'une personne privée et non pas à l'initiative de l'État. Ce dernier intervenait comme régulateur et non pas comme acquéreur. En substance, la demande d'usage privatif du domaine public « ne fait nullement suite à une volonté de l'État de déléguer à une entreprise privée la réalisation d'une tâche publique » ; l'État s'est « contenté d'autoriser » une

¹³² *Supra* 3.1.4. HK BÖB/IVÖB-MÜLLER, ad art. 9, N 59 ss.

¹³³ *Infra* 4.4. Message type concernant la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics, version 1.2 du 24 septembre 2020, p. 37.

¹³⁴ ATF 145 II 32, c. 4.1 et 4.2 ; ATF 143 II 598, c. 4.1. *Supra* 3.2.1.

¹³⁵ *Supra* 3.2.1, spécialement note 89.

¹³⁶ A ce propos *Supra* 4.1.

¹³⁷ Commission de la concurrence (COMCO) (note 86), § 27 ss.

¹³⁸ L'art. 9 AIMP prime une application de l'art. 2 al. 7 LMI en tant que *lex specialis*. *Supra* 3.2.3.

¹³⁹ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 28), p. 159 et POLTIER (note 54), p. 137.

¹⁴⁰ SEYDOUX (note 116), N 1295.

personne morale privée à exercer, « à la demande de cette dernière », une activité déterminée.¹⁴¹ On comprend alors que, lorsqu'un particulier prend l'initiative et que la collectivité octroie une concession domaniale sans avoir l'intention de déléguer au demandeur la réalisation d'une tâche publique, l'art. 2 al. 7 LMI ne s'applique pas et il peut être renoncé à un appel d'offres.¹⁴²

[56] Cet arrêt est à considérer avec prudence.¹⁴³ Il fait intervenir dans le régime de l'art. 2 al. 7 LMI des conditions qui relèvent spécifiquement du droit des marchés publics, à la fois l'initiative de l'État (« volonté de l'État »), l'acquisition par celui-ci (ne pas se limiter à réguler, ne pas se contenter d'autoriser) et l'accomplissement d'une tâche publique. Cette solution conduit – si elle devait être confirmée – à prendre en considération l'intention de la collectivité publique et la prestation qu'elle obtient dans la transaction, non pas seulement l'effet de cette dernière sur la libre concurrence tel que visé à l'art. 2 al. 7 LMI.

[57] Quelle que soit la suite donnée à l'arrêt de Haute-Sorne, l'octroi de droits d'usage du domaine public qui peut être qualifié de marché public selon l'art. 9 LMP/AIMP, mais qui est exempté de procédure d'appel d'offres par une loi cantonale spéciale, reste néanmoins pleinement soumis au régime de l'art. 2 al. 7 LMP.

5. L'exploitation de la chaleur du domaine public

[58] L'exploitation de la chaleur contenue dans le domaine public naturel, plus précisément dans le sous-sol ou dans les eaux publiques, constitue un usage soumis à la haute police et à la législation des cantons concernés, dans les limites du droit fédéral, notamment de la législation sur la protection des eaux et celle sur les forces hydrauliques. Les critères usuels sont déterminants lorsqu'il s'agit de qualifier l'usage en cause.¹⁴⁴

[59] S'agissant des eaux publiques, la conformité à leur destination (« *Zweckbestimmung* ») est délicate à établir compte tenu de leur caractère multifonctionnel : loisir, milieu de vie, élément du paysage, voie de circulation, production d'énergie, source de nourriture, etc.¹⁴⁵ La jurisprudence retient toutefois un usage privatif lors de prélèvements d'eau pour la distribution d'eau potable, pour l'arrosage ou pour des fins de refroidissement;¹⁴⁶ on peut supposer qu'il en est de même pour les prélèvements à des fins de chauffage ou de rafraîchissement, pour autant que le volume de la ressource utilisée ne puisse être qualifié de minime. Au demeurant, tout prélèvement dans un cours d'eau qui excède l'usage commun doit être soumis à autorisation (art. 29 let. a LEaux); tel est également le cas de prélèvements dans un plan d'eau qui affectent sensiblement, par ricochet, le débit d'un cours d'eau permanent (art. 29 let. b LEaux).

Le droit vaudois prescrit que le droit de disposer des eaux dépendant du domaine public appartient à l'État (art. 1 de la loi vaudoise sur l'utilisation des lacs et cours d'eau

¹⁴¹ ATF 145 II 32, c. 4.2.

¹⁴² Voir à ce propos ABEGG/MUSLIU (note 19), N 31.

¹⁴³ Dans ce sens DÉFAGO GAUDIN/BEURET (note 64), p. 545; SEYDOUX (note 116), N 1296.

¹⁴⁴ *Supra* 4.3.1. *in fine*.

¹⁴⁵ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 22), p. 524.

¹⁴⁶ Voir les références indiquées par TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (note 22), p. 527.

dépendant du domaine public du 5 septembre 1944; LLC-VD¹⁴⁷). Le détournement et l'utilisation de ces eaux sont soumis à une autorisation préalable du département compétent sous la forme d'une « concession » ; seules les installations provisoires ou de faible importance peuvent faire l'objet d'une autorisation à bien plaisir révocable en tout temps (art. 2 al. 1 et 4 LLC-VD). Il faut comprendre que le détournement et l'utilisation des eaux publiques qui ne sont ni provisoires ni de faible importance constituent *ex lege* des usages privatifs du domaine public des eaux. Le prélèvement d'eau dans les lacs ou dans des cours d'eau afin d'alimenter un réseau thermique implique nécessairement une utilisation continue et durable d'importantes quantités d'eau ; il ne saurait en conséquence être considéré comme provisoire ou de faible importance. À ce titre, il fait figure d'usage privatif du domaine public des eaux. De manière plus générale, le prélèvement de conséquentes quantités d'eau de manière continue et durable ne saurait être considéré autrement.

L'utilisation des eaux d'un cours d'eau souterrain et d'une nappe souterraine est également soumise à concession de l'État (art. 2 de la loi vaudoise réglant l'occupation et l'exploitation des eaux souterraines dépendant du domaine public cantonal du 12 mai 1948 ; LESDP-VD¹⁴⁸). Une concession est nécessaire pour tout prélèvement d'eaux souterraines qui excède 50 l/minute (art. 4 LESDP-VD), une telle utilisation devant être à cet égard considéré comme un usage privatif des eaux souterraines. Il est prévisible qu'un projet utilisant les eaux souterraines pour alimenter un réseau thermique de chauffage ou de refroidissement serait soumis à concession (usage privatif), dès lors qu'il est vraisemblable que le débit prélevé devrait excéder 50 l/minute.

En droit vaudois également, l'exploitation de la chaleur du sous-sol, des eaux souterraines ou de saumures est soumise à un régime de concession, conformément aux art. 3 al. 2, 8 al. 5 et 28 de la loi sur les ressources naturelles du sous-sol du 11 décembre 2018 (LRNSS-VD¹⁴⁹). Bien que la loi ne le précise pas, la concession couvre la construction des installations de transport de la chaleur exploitée.

[60] Les considérations relatives aux exigences de transparence et d'appel d'offres issues du droit des marchés publics et de la législation sur le marché intérieur en matière de conduites de réseaux thermiques s'appliquent par analogie au prélèvement de chaleur dans le domaine public.¹⁵⁰ Dès lors que la réalisation de réseaux thermiques relève de l'exercice d'une tâche publique, le prélèvement de chaleur ou de fraîcheur dans le domaine afin de les alimenter ressort également de l'accomplissement d'une telle tâche. C'est d'autant plus vrai en présence d'une obligation de raccordement ou de l'encouragement du chauffage à distance¹⁵¹ qui visent non seulement la pose du réseau de conduites, mais également et surtout leur alimentation en chaleur ou en fraîcheur. Au demeurant, le prélèvement d'eaux souterraines ou superficielles relève d'un usage privatif du domaine public soumis à concession dès lors qu'il excède durablement une quantité définie de

¹⁴⁷ Loi vaudoise sur l'utilisation des lacs et cours d'eau dépendant du domaine public du 5 septembre 1944 (LLC-VD, RS VD 731.01).

¹⁴⁸ Loi vaudoise réglant l'occupation et l'exploitation des eaux souterraines dépendant du domaine public cantonal du 12 mai 1948 (LESDP-VD, RS VD 721.03).

¹⁴⁹ La loi sur les ressources naturelles du sous-sol du 11 décembre 2018 (LRNSS-VD, RS VD 730.02).

¹⁵⁰ *Supra* 4.3.

¹⁵¹ Par exemple, l'art. 24 LVLÉne-VD.

manière générale et abstraite¹⁵² ou considérée dans le cas d'espèce comme incompatible avec la destination des eaux.

[61] Comme pour la pose de conduites, le prélèvement d'énergie thermique dans le domaine public est à notre sens également soumis au régime des marchés publics de l'art. 9 AIMP, pour autant que la collectivité publique influe ou agit sur le contenu du droit d'usage du domaine public octroyé autrement que pour des motifs de régulation de la ressource sol ou de sécurité. Plus précisément, pour autant qu'elle initie une demande de transaction visant à acquérir une prestation dans le cadre d'une activité commerciale du bénéficiaire du droit.

[62] Les cantons peuvent prévoir une exemption de procédure de marchés publics dans une loi spéciale. Dans cette hypothèse, le transfert de droits exclusifs d'exercice du monopole de fait sur le domaine public (droit d'usage exclusif) n'en reste pas moins soumis aux exigences de l'art. 35 al. 2 Cst. et à celles de l'appel d'offre non discriminatoire de l'art. 2 al. 7 LMI.¹⁵³

6. Synthèse et conclusion

[63] Le droit des marchés publics a pour vocation de s'appliquer lorsque l'État acquiert, sur le marché libre, une prestation, en vue de réaliser une tâche publique. Cette définition exige que plusieurs conditions soient remplies, principalement, l'existence d'une acquisition, d'une rémunération et d'une tâche publique. En revanche, lorsque l'État aliène un bien, dans le but de le réaliser économiquement, ou régule une activité sur son territoire, le droit des marchés publics ne s'applique pas.

[64] La construction et l'exploitation de réseaux thermiques souterrains ou en surface dans le domaine public des routes ou du sous-sol en constitue en principe un usage exclusif. Le droit d'usage correspondant peut être transféré par le biais d'une concession, cet instrument étant nécessaire en cas de transfert de monopole, mais également par le biais d'une autorisation si le droit applicable ne prévoit pas l'instrument de la concession. Le monopole de fait exercé par l'État sur le domaine public met le concessionnaire au bénéfice d'une concession domaniale lui réservant le droit d'exercer une activité économique dans un périmètre donné. Ainsi, lorsque la collectivité publique octroie un droit d'usage du domaine public et met l'exploitante du réseau thermique au bénéfice d'une obligation de raccordement, l'autorité octroie un droit exclusif ou spécial exercé dans l'intérêt public.

[65] La construction et l'exploitation de réseaux thermiques exploités en la forme commerciale relèvent de l'accomplissement d'une tâche publique, à tout le moins en présence d'une obligation de raccordement ou d'une disposition similaire aux art. 24 et 25 LVLEne-VD. L'octroi d'un droit d'usage du domaine public pour la pose de conduites des réseaux thermiques est par conséquent soumis au droit des marchés publics – et à l'obligation d'émettre un appel d'offres. Seules quelques situations qui paraissent exceptionnelles et somme toute théoriques (en sus de la géothermie domestique) pourraient y échapper ; il s'agit de celles dans lesquelles la collectivité publique s'abstiendrait totalement d'influer ou d'agir sur le contenu du droit d'usage du domaine public octroyé autrement que pour des motifs de régulation de la ressource sol ou de sécurité.

¹⁵² Par exemple, la limite de 50 l/minute aux art. 2 et 4 LESDP-VD.

¹⁵³ *Supra* 3.1.3.

[66] Le droit cantonal peut prescrire un régime dérogatoire permettant de soustraire du champ des marchés publics les concessions d'usage du domaine public pour l'aménagement de réseaux thermiques. Une telle dérogation est tenue de respecter le droit constitutionnel, notamment l'art. 35 Cst ; elle ne saurait au demeurant éluder l'application de l'art. 2 al. 7 LMI, s'agissant du transfert de l'exploitation d'un monopole de fait sur le sous-sol ou les eaux publiques.

[67] Le raisonnement entrepris à propos des conduites de réseaux thermiques est applicable aux prélèvements de chaleur et de fraîcheur dans le sous-sol ou les eaux superficielles et souterraines appartenant au domaine public.

THIERRY LARGEY a étudié le droit (lic. iur.) ainsi que la biologie (lic.) à l'Université de Lausanne. Il y a obtenu son doctorat avec une thèse consacrée au Statut juridique de l'air en droit international et en droit suisse. Il est professeur associé au Centre de droit public de l'Université de Lausanne. Il y enseigne le droit administratif général, le droit de l'énergie et le droit de l'aménagement du territoire. Thierry Largey est membre du CEDEAT de l'Unil ; dans ce cadre, il publie mensuellement une Infolettre consacrée à la jurisprudence en matière d'énergie, d'aménagement du territoire et de protection du patrimoine. Il fait partie de la direction du Pôle facultaire environnement et climat de la faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique (FDCA) de l'Unil.

NOÉMIE HOFER est au bénéfice d'un master en droit général de l'université de Lausanne. Dans le cadre de son mémoire de master elle s'est intéressée à l'application du droit des marchés publics à la procédure d'octroi de droits d'usage du domaine public pour la réalisation de réseaux thermiques. Actuellement stagiaire à la Commission fédérale de l'électricité (ElCom), elle commencera un doctorat au Centre de droit public de l'université de Lausanne en novembre 2023.