



RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA

TRIBUNAL CANTONAL

COUR ADMINISTRATIVE

ADM 117 / 2010 et 118 / 2010

Président : Pierre Broglin
Juges : Sylviane Liniger Odiet et Jean Moritz
Greffière : Gladys Winkler

ARRET DU 8 FEVRIER 2011

en la cause liée entre

A,
- représentée par **Me François Bellanger**, avocat à Genève,

recourante,

et

la commune B,

intimée,

relative à la décision du 15 septembre 2010 de l'intimée informant la recourante de la désignation du promoteur chargé de l'étude en faveur d'un plan spécial en vue de l'implantation d'éoliennes.

Appelées en cause : 1. E,
2. F,
3. G,

- représentées par **Me Andreas Güngerich**, avocat à Berne.

CONSIDÉRANT

En fait :

A. Les communes B, C et D ont manifesté leur intention de développer, de manière coordonnée, l'énergie éolienne sur leur territoire. A cet effet, elles ont prévu d'élaborer un plan spécial intercommunal en collaboration avec un développeur éolien professionnel. Elles ont fait établir par le bureau J un cahier des charges pour le choix de celui-ci afin de conclure avec lui un accord exclusif de développement. Selon le cahier des charges, le développeur éolien retenu effectue les travaux et élabore tous les documents nécessaires au dépôt du plan spécial et du permis de construire, selon l'accord de développement. Les communes déposent le plan spécial puis le permis

de construire. Le développeur réalise ensuite et exploite le parc éolien, selon l'accord de développement (PJ 4 recourante).

- B. Par lettre du 12 novembre 2009, les trois communes précitées, agissant par leurs conseils communaux, ont sollicité E, G, H et I afin que ces entreprises établissent leur meilleure offre pour la réalisation d'un parc éolien. Elles leur demandaient en outre de répondre à une demande spécifique de B consistant à développer, financer et maintenir un projet de pose de panneaux photovoltaïques sur le toit de la halle de gymnastique qui devait être rénové dans le courant 2010 (PJ 3 recourante).
- C. Ayant appris l'intention de ces trois communes, A (ci-après : la recourante) a demandé à pouvoir également adresser une offre conforme au cahier des charges. Il a adressé son offre à la commune B en date du 14 décembre 2009. Cette offre prévoit l'aménagement de 10 éoliennes, ce qui permettrait à la commune B de toucher Fr 42'000.- environ par année, à celle de C Fr 51'000.- et à celle de D Fr 87'000.-. La recourante réaliserait en outre gratuitement le projet photovoltaïque sur le toit de la halle de gymnastique de B et réaliserait deux autres projets d'énergie renouvelable de même valeur pour les communes C et D.
- D. Par lettre du 19 mars 2010, la commune B, agissant pour le groupe de communes, a invité la recourante à remplir un questionnaire et à participer à une séance destinée à présenter son projet et à affiner les réponses utiles à la bonne compréhension de son offre (PJ 12 et 13 recourante). La recourante a donné suite à cette invitation et a notamment rempli le questionnaire précité (PJ 14 recourante).
- E. Le 16 avril 2010, la commune B, agissant au nom du groupe de communes, a informé la recourante que les communes concernées par le parc éolien souhaitaient qu'aucune décision ne soit prise avant que le rapport du canton sur les capacités de transport de l'énergie fournies par les divers parcs éoliens soit porté à leur connaissance (PJ 15 recourante).
- F. Le 15 septembre 2010, le Conseil communal de B a informé la recourante que les communes C et D souhaitaient encore se donner du temps avant d'adresser une réponse aux promoteurs. Toutefois, en ce qui le concerne, le Conseil communal de B a statué le 13 septembre 2010 et désigné le promoteur qui devra effectuer l'étude en faveur d'un plan spécial. C'est le consortium E/F/G qui a été retenu (PJ 16 recourante). Une lettre en ce sens a été écrite à ces trois entreprises en date du 15 septembre 2010 (dossier, p. 15).
- G. Le 30 septembre 2010, A a recouru auprès de la Cour administrative (devenue dans l'intervalle Cour administrative) en retenant les conclusions suivantes :

Préalablement :

Faire interdiction à la Commune B de conclure tout acte ou contrat avec le consortium E, F, G ou toute autre entité ou société en relation avec la procédure ouverte en vue du développement et de la création d'un parc éolien sur son territoire.

Autoriser A à compléter le présent recours une fois la motivation de la décision du 15 septembre 2010 connue.

Principalement :

Annuler la décision de la Commune B du 15 septembre 2010.

Débouter l'autorité intimée et tout intervenant ou appelé en cause de toute autre ou contraire conclusion.

Condamner l'autorité intimée à tous les dépens qui comprendront une équitable indemnité pour les honoraires d'avocat de la recourante.

Subsidiairement :

Transmettre le dossier à la Commune B pour qu'elle statue sur opposition.

Plus subsidiairement :

Acheminer en tant que besoin la recourante à rapporter par toutes voies de droit la preuve des frais invoqués à l'appui du présent mémoire.

A l'appui de son recours, elle fait valoir que la lettre du 15 septembre 2010, si elle ne respecte pas certaines des exigences formelles d'une décision, revêt néanmoins, sur le plan matériel, toutes les caractéristiques d'une décision. La recourante fait grief à la commune B (ci-après : l'intimée) de s'être abstenue de toute motivation dans son courrier du 15 septembre 2010. Dans la mesure où la procédure est soumise au droit des marchés publics, l'autorité adjudicatrice se devait de respecter un certain nombre de principes légaux, ce qu'elle n'a pas fait. L'égalité de traitement entre recourants n'a pas été respectée et la procédure qui a suivi l'appel d'offres n'a pas permis d'apprécier le caractère équitable de la procédure. Si les règles en matière de marchés publics devaient ne pas s'appliquer, le recours devrait alors être transmis à la commune B, pour qu'il soit traité comme une opposition.

H. Par ordonnance du 4 octobre 2010, le juge instructeur a appelé en cause les entreprises E, F, G et a suspendu la procédure d'adjudication jusqu'à droit connu sur la requête de mesures provisionnelles en précisant que le contrat ne pourrait pas être conclu avec l'adjudicataire. Il a en outre imparté un délai à l'intimée pour fournir une motivation de sa décision.

I. En date du 29 octobre 2010, les appelées en cause ont déposé une prise de position au sujet du recours, quand bien même elles n'avaient pas été invitées à le faire.

Elles demandent à ce qu'il ne soit pas entré en matière sur le recours, subsidiairement à ce que ce dernier soit rejeté et à ce que l'octroi de l'effet suspensif soit retiré, sous suite des frais et dépens. En substance, elles allèguent que la lettre de la commune B du 15 septembre 2010 n'est pas une décision, dès lors que celle-ci ne dispose d'aucune compétence de droit public pour rendre une décision concernant la question

de savoir quelle entreprise est autorisée à réaliser le parc éolien. En outre, il n'est pas possible de qualifier de droit public le litige entre la recourante et la commune B du fait que la planification, la construction et l'exploitation d'installations d'approvisionnement en énergie n'est pas une tâche légale de la commune B. De plus, la transformation du vent en électricité n'est pas un usage particulier soumis à concession et ni la Confédération ni les cantons n'ont créé un monopole étatique sur l'utilisation de l'énergie éolienne. Enfin, le litige ne porte pas sur le droit des marchés publics, dès lors que la commune B n'acquiert pas un parc éolien et ne s'engage pas du tout financièrement pour ce projet. Elle ne procède à aucun achat et ne s'oblige à aucun paiement d'un prix.

- J. Comme elle en avait été requise par le juge instructeur, la commune B a fourni une motivation de sa décision en date du 28 octobre 2010. Elle explique pour quelles raisons A n'a pas été retenue. Elle relève en outre que ce projet n'est pas soumis aux règles des marchés publics et que son courrier du 15 septembre 2010 ne constitue pas une décision.
- K. Le juge a autorisé la recourante à compléter son recours, ce qu'elle a fait en date du 2 décembre 2010. Cette dernière a confirmé les conclusions retenues dans son recours du 30 septembre 2010. En substance, elle explique pour quelles raisons le régime des marchés publics est applicable et conteste les motifs exposés par la commune à l'appui de sa décision.
- L. Dans sa prise de position du 17 décembre 2010, la commune B a conclu au rejet du recours et au refus de l'effet suspensif en reprenant, en la complétant, son argumentation antérieure.
- M. De leur côté, les appelées en cause, dans leur prise de position du 23 décembre 2010, ont confirmé leurs conclusions retenues dans leur prise de position du 29 octobre 2010 (cf. consid. I ci-dessus), ainsi que leur argumentation précédente. En outre, elles soulèvent la question de la qualité pour recourir de A. Elles allèguent à cet égard que ces entreprises forment un consortium avec K. Comme K n'a pas participé à la procédure et a renoncé à prendre des mesures juridiques, le recours déposé uniquement par A n'est pas recevable.
- N. Invitée à se déterminer sur la question de la qualité pour recourir, la recourante, dans une détermination du 25 janvier 2011, a indiqué qu'elle avait agi seule envers la commune B. Elle a précisé qu'elle était seule l'auteur de l'offre, comme cela découle de l'offre elle-même et du courrier d'accompagnement.

En droit :

1. Aux termes de l'article 25 al. 1 de la loi concernant les marchés publics (LMP ; RSJU 174.1), la Cour administrative est compétente pour statuer sur les recours formés contre les décisions et autres actes qui touchent à la position des soumissionnaires.

Tant l'intimée que les appelées en cause contestent que la décision attaquée puisse être considérée comme une décision rendue en matière de marchés publics. Il convient dès lors de résoudre cette question en premier lieu.

- 1.1 Ni la loi fédérale sur le marché intérieur, ni l'accord GATT/OMC sur les marchés publics ne contiennent une définition du marché public. Selon la doctrine, on parle communément de marchés publics 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 référence à la personnalité de l'acquéreur dans la prestation et non pas au régime juridique applicable à ces contrats ; en Suisse, ceux-ci restent soumis au droit privé. 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 il 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" (ATF 125 I 209 consid. 6b et les références citées). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a jugé que la concession d'un monopole d'affichage ne constitue pas un marché public (arrêt précité, consid. 6b in fine). Le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence en rapport avec une nouvelle affaire de concession d'affichage sur le domaine public ; le cahier des charges prévoyait que le concessionnaire devait, pendant la durée de la concession (soit 5 ans), supporter tous les coûts relatifs à la mise en place et au fonctionnement d'un système de vélos en libre service. Le Tribunal fédéral a jugé que le système litigieux de vélos en libre service devait être soumis aux règles sur les marchés publics : il représente pour l'autorité un moyen de réaliser une tâche publique, est dissociable de la concession, a un prix correspondant à la diminution du montant offert par le soumissionnaire pour la redevance et ne peut, vu sa nature et son importance, être assimilé à une simple prestation accessoire à la concession (ATF 135 II 49). Selon la doctrine, cet arrêt confirme qu'il n'existe un marché que si un pouvoir adjudicateur acquiert des fournitures ou des prestations à titre onéreux dans l'intérêt public, notamment pour l'accomplissement d'une tâche publique (François BELLANGER, Les jurisprudences récentes en droit des marchés publics in *Marchés publics* 2010 p. 403 n. 11 qui se réfère au consid. 4.4 de l'ATF 135 II 49 précité).

- 1.2 Selon l'article 5 al. 1 de la loi cantonale sur l'énergie (LEn, RSJU 738.1), l'Etat et les communes peuvent aménager et exploiter eux-mêmes des installations de production, de transformation, de stockage et de distribution d'énergie ou participer à des entreprises qui en sont chargées. L'article 8 est réservé. Cette dernière disposition stipule que la fourniture, le transport et la distribution d'énergie électrique sur territoire cantonal sont assurés en principe par l'établissement jurassien désigné à cet effet par le Parlement. L'article 5 al. 2 LEn prévoit que l'Etat et les communes

peuvent conclure des conventions avec des entreprises publiques ou privées à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire cantonal. Les dispositions cantonales et communales fixant les compétences financières sont réservées.

- 1.3 Il ressort du cahier des charges établi par les communes B, C et D que ces communes sont intéressées à développer, de manière coordonnée, l'énergie éolienne sur leur territoire. Pour ce faire, elles ont l'intention d'élaborer un plan spécial intercommunal en collaboration avec un développeur éolien professionnel (PJ 4 recourante ch. 1). Le cahier des charges est destiné à permettre de choisir un développeur éolien et de conclure avec lui un accord exclusif de développement. On peut dès lors admettre que c'est sur la base de l'article 5 al. 2 LEn que devra être établi l'accord de développement dont fait état le cahier des charges.

Toutefois, la commune n'a pas à donner de concession en cette matière, dès lors que la transformation du vent en électricité n'est pas un usage particulier soumis à concession (JAGMETTI, Energierecht, SBVR vol. VII, 2005 p. 865). Il n'en demeure pas moins que la construction d'un parc éolien (dès trois mâts) nécessite diverses autorisations et l'instauration d'un plan spécial, comme le rappelle la directive du Département de l'environnement et de l'équipement concernant la planification et la procédure d'autorisation pour la réalisation d'éoliennes de décembre 2008 (p. 4), consultable sur le site internet de la RCJU (www.jura.ch/Htdocs/Files/Departements/DEE/SAT/Eoliennes/Directiveeoliennes.pdf).

Selon le cahier des charges précité, le développeur éolien retenu effectue les travaux et élabore tous les documents nécessaires au dépôt du plan spécial (ch. 1.2). Il suit de là que le développeur éolien va réaliser ou faire réaliser à ses propres frais le plan spécial nécessaire à son projet de parc éolien. L'offre déposée par la recourante ne prévoit au demeurant aucune participation financière de la commune pour les travaux à réaliser par le développeur éolien pour la mise en place de son projet (cf. ch. 3.3.2 de l'offre PJ 6 recourante).

La décision du Conseil communal de B (cf. dossier p. 15) s'écarte apparemment du cahier des charges précité en ce sens qu'elle témoigne d'une volonté de s'engager seule, peut-être de manière provisoire (cette question pouvant demeurer irrésolue) dans les projets de développement d'un parc éolien. Cette décision ne porte toutefois que sur l'élaboration d'une étude en vue d'établir un plan spécial et aucune rémunération n'est prévue à cet effet. Dans ces conditions, il apparaît qu'il manque à tout le moins un des éléments constitutifs d'un marché public, à savoir l'acquisition d'une prestation **à titre onéreux**.

- 1.4 Dès lors que la décision attaquée n'a pas été rendue dans le cadre d'une procédure de marchés publics, la compétence de la Cour administrative pour statuer sur le recours ne saurait reposer sur l'article 25 al. 2 LMP.
2. Lorsqu'une autorité décline sa compétence, elle transmet sans retard l'affaire à l'autorité compétente (art. 31 al. 2 Cpa).

La recourante a demandé, dans ses conclusions subsidiaires, que le dossier soit transmis à la commune B pour qu'elle statue sur opposition. Elle allègue à ce sujet que si la Cour administrative devait considérer que les règles en matière de marchés publics ne s'appliquent pas, le recours devrait être traité comme une opposition.

L'intimée et les appelées en cause sont d'avis que l'on ne se trouve pas en présence d'une décision rendue sur la base du droit public, les appelées en cause précisant à ce sujet que l'affaire relève du droit privé.

Il convient dès lors d'examiner si la lettre du 15 septembre 2010 du Conseil communal de B par laquelle il désigne le promoteur amené à élaborer un plan spécial pour l'implantation d'un parc éolien (dossier p. 15), respectivement celle adressée à la recourante dans laquelle il lui signale qu'il a désigné le promoteur devant effectuer l'étude en faveur du plan spécial, à savoir le consortium E, F, G (PJ 16 recourante) constituent ou non une décision au sens de l'article 2 Cpa, sujette à opposition (art. 94ss Cpa), avant de pouvoir être attaquée par voie de recours.

- 2.1 Dans deux arrêts se rapportant à des recours en matière communale (RJJ 1997 p. 118 et 2009 p. 40), la Cour administrative a examiné la portée de l'article 56 LCom duquel il ressort que les décisions et arrêtés rendus par un organe communal peuvent être attaqués devant le juge administratif. Elle a relevé que les décisions et arrêtés visés par l'article 56 al. 1 LCom doivent être entendus au sens large. Il ne s'agit pas uniquement d'actes administratifs statuant sur des droits ou des obligations concernant les administrés, mais encore de toute manifestation de volonté exprimée par un organe communal et fondée sur des règles de droit public. C'est ainsi que la jurisprudence et la doctrine bernoises concevaient, sur la base de l'article 57 de la loi sur les communes du canton de Berne, dont la teneur a été reprise par le droit jurassien, la possibilité d'attaquer des décisions ou des arrêtés par le biais du recours en matière communale, lors même que les actes en question n'avaient pas d'effet direct sur la situation juridique des personnes (cf. JAB 1981, p. 433/440; 1980, p. 59; KILCHENMANN, *Die bernische Gemeindebeschwerde*, p. 70). Cette conception large de l'acte administratif permet, en particulier, d'attaquer des manifestations de volonté portant sur la conclusion de contrats de droit privé, en application de la théorie des actes détachables (KILCHENMANN, *op. cit.*, p. 78ss). La Cour administrative a ainsi admis que le recours en matière communale est ouvert contre une décision relative à la passation d'un contrat se rapportant au patrimoine privé de la commune si le recourant invoque l'incompétence de l'organe ayant statué, l'irrégularité de la procédure ou la violation de règles matérielles de droit public (RJJ 1997, p. 118, consid. 2b.). La Cour administrative s'est référée à la théorie des actes détachables à d'autres reprises encore, notamment dans l'arrêt publié dans la RJJ 2006 p. 112ss (cf. au surplus BROGLIN, *Manuel de procédure administrative jurassienne*, n. 44 et les références citées).
- 2.2 En l'espèce, la lettre du Conseil communal de B désignant le consortium E, F, G pour élaborer le plan spécial destiné à l'implantation d'un parc éolien constitue manifestement une déclaration de volonté devant pouvoir, en vertu de la théorie des actes détachables évoquée ci-dessus, être attaquée par les voies de droit usuelles,

de manière à permettre notamment aux personnes concernées par cette décision d'invoquer l'incompétence de l'organe ayant statué, l'irrégularité de la procédure ou la violation de règles matérielles de droit public. En effet, le Conseil communal a choisi, parmi plusieurs intéressés, celui qui serait chargé d'établir un plan spécial. Il a ainsi accepté l'une des offres qui avait été sollicitée à cet effet auprès de plusieurs entreprises. Ce faisant, il a manifesté sa volonté d'entrer dans une relation contractuelle avec le consortium E, F, G. Il s'agit manifestement là d'une décision au sens de la jurisprudence rappelée ci-dessus (consid. 2.1) et il y a lieu de permettre aux personnes concernées, en l'occurrence la recourante, d'invoquer que cette décision est irrégulière au plan formel et/ou matériel. C'est du reste précisément ce que fait cette dernière en soulevant divers griefs au plan de la forme et, s'agissant du fond, en invoquant que l'égalité entre concurrents n'aurait pas été respectée au cas particulier, comme doit le faire l'autorité lorsqu'elle choisit un partenaire économique potentiel, respectivement délègue une tâche publique.

- 2.3 Il suit de ce qui précède que la lettre du 15 septembre 2010 du Conseil communal de B doit être considérée comme une décision. Or celle-ci devait faire l'objet d'une opposition, conformément aux articles 94ss Cpa.

Le recours déposé par A le 30 septembre 2010 auprès de la Cour administrative doit dès lors être déclaré irrecevable et transmis au Conseil communal de B pour qu'il le traite comme une opposition au sens des articles 94ss Cpa (cf. dans ce sens Adm 39/01 du 18 septembre 2001), ainsi que le demande la recourante dans sa conclusion subsidiaire.

3. Les conclusions principales de la recourante doivent ainsi être rejetées et sa conclusion subsidiaire admise. Les appelées en cause et l'intimée avaient conclu, elles, au rejet de toutes les conclusions de la recourante. Il s'ensuit que les frais de la procédure devant la Cour administrative doivent être répartis entre les parties à la procédure, compte tenu de leur intérêt à la procédure et du sort fait à leurs conclusions (art. 220 al. 1 Cpa). Il se justifie dès lors de mettre les frais de la procédure pour la moitié à la charge de la recourante, pour 1/3 à la charge des appelées en cause, solidairement entre elles (cf. art. 220 al. 3 Cpa) et pour 1/6 à la charge de la commune B.

S'agissant des dépens, il convient, pour les motifs exposés ci-dessus, de les compenser entre les parties (cf. art. 229 Cpa).

**PAR CES MOTIFS
LA COUR ADMINISTRATIVE**

déclare

irrecevable le recours du 30 septembre 2010 de A ;

transmet

au Conseil communal de B le recours précité pour qu'il le traite comme une opposition au sens des articles 94ss du Code de procédure administrative ;

met

les frais de la procédure par Fr 1200.- (émolument : Fr 1'000.- ; débours : Fr 200.-) pour la moitié, soit Fr 600.- à la charge de A, pour 1/3, soit Fr 400.- à la charge des appelées en cause, solidairement entre elles et pour 1/6, soit Fr 200.- à la charge de la commune B ;

prélève

lesdits montants sur l'avance de la recourante et lui restitue le solde de celle-ci ;

condamne

- a) les appelées en cause à rembourser à la recourante, solidairement entre elles, le montant de Fr 400.- mis à leur charge et prélevé sur l'avance de la recourante ;
- b) la commune B à rembourser à la recourante le montant de Fr 200.- mis à sa charge et prélevé sur l'avance de la recourante ;

dit

que les dépens sont compensés ;

informe

les parties des voies et délai de recours selon avis ci-après ;

ordonne

la notification du présent arrêt à :

- à la recourante, par son mandataire, Me François Bellanger, avocat à Genève ;
- à l'intimée, la commune B ;
- aux appelées en cause, par leur mandataire, Me Andreas Güngerich, avocat à Berne.

Porrentruy, le 8 février 2011

AU NOM DE LA COUR ADMINISTRATIVE**Le président :****La greffière :**

Pierre Broglin

Gladys Winkler

Communication concernant les moyens de recours :

Le présent arrêt peut faire l'objet, dans les trente jours suivant sa notification, d'un recours au Tribunal fédéral. Le recours en matière de droit public s'exerce aux conditions des articles 82 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF - RS 173.110), le recours constitutionnel subsidiaire aux conditions des articles 113 ss LTF. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14; il doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit. Si le recours n'est recevable que s'il soulève une question juridique de principe, il faut exposer en quoi l'affaire remplit cette condition. Les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes au mémoire, pour autant qu'elles soient en mains de la partie; il en va de même de la décision attaquée.