

A1 21 87

ARRÊT DU 31 AOÛT 2021

**Tribunal cantonal du Valais
Cour de droit public**

Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges ; Patrizia Pochon, greffière,

en la cause

ADMINISTRATION COMMUNALE DE A _____, recourante, représentée par Maître M _____

contre

DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITÉ, DES INSTITUTIONS ET DU SPORT, 1951 Sion, autorité attaquée et **SECTION FCVPA DU DISTRICT DE B _____**, par J _____, tiers concerné

(Adjudication & reg. profession)

recours de droit administratif contre la décision du 22 avril 2021

Faits

A. La parcelle n° xxx, plan n° xxx, au lieu dit « C _____ », sur commune de D _____, accueille l'étang de A _____ (cf. <https://xxx>). La carte interactive « piscicole » du canton du Valais (disponible sous https://sitonline.vs.ch/tourisme_loisir/peche/fr/) indique que ce plan d'eau est affermé.

B. La société F _____ SA a notamment pour but de turbiner en deux paliers les eaux d'irrigation et de surplus présentes au répartiteur de G _____ selon les paliers prévus suivants: 1. G _____ / Lac de H _____ 2. Lac de H _____ / Lac de A _____. En outre, elle peut produire, vendre et distribuer toute forme d'énergie (cf. statuts pour but complet).

Le 5 février 2019, cette société a déposé une demande relative à la modification des plans de l'aménagement hydroélectrique de G _____ – A _____.

Le 2 avril 2019, le Département des finances et de l'énergie (DFE) y a donné une suite favorable sous respect de charges et de conditions. Le ch. 2.2.5 de cette décision d'approbation précisait qu'« [a]ucune entrave à la pêche selon l'article 26 LcPê [loi cantonale du 15 novembre 1996 sur la pêche ; RS/VS 923.1] ne devra être constatée en phase d'exploitation pour les deux lacs concernés par la modification du projet. Le turbinage des eaux se limitera au turbinage du trop-plein des eaux d'irrigation et de l'eau potable correspondant aux modalités et aux besoins d'exploitation actuelle tels que définis dans l'autorisation communale de A _____ du 3 octobre 2013 et la décision du Conseil d'Etat du 30 avril 2014. Le turbinage ne doit pas porter préjudice à la pêche ou à la conservation de la faune piscicole des deux lacs de G _____ et de A _____. Il conviendra donc d'éviter des variations de niveau d'eau trop importantes des lacs pouvant nuire à la faune piscicole et diminuer la période de pêche en relation directe avec une augmentation des volumes turbinés » (dos. p. 36).

C. Par avis inséré le xxx 2020 au Bulletin officiel (B.O.) n° xxx du canton du Valais (p. xxx), ainsi que le xxx 2020 au B.O. n° xxx (p. xxx), l'Etat du Valais, par le Département de la mobilité, du territoire et de l'environnement (ci-après : DMTE) – Service de la chasse, de la pêche et de la faune (ci-après : SCPF) – a mis en soumission l'affermage des eaux de la régle piscicole dont le plan d'eau n° xxx « Lac de A _____ », à D _____, faisait partie. Le prix de base annuel minimal a été fixé à 670 francs.

L'appel d'offres indiquait que les offres devaient être remises au plus tard le 13 novembre 2020 et qu'il allait être procédé à leur ouverture le 24 novembre 2020.

Sous le chapitre « Conditions d'adjudication », l'appel d'offres prévoyait ce qui suit :

« Conformément aux dispositions de l'art. 42, al. 2 de la LcPê, le contrat d'affermage est conclu sur la base de l'offre la plus élevée ; en cas d'égalité la priorité est accordée au précédent fermier, sous réserve des dispositions spéciales traitant de l'affermage des canaux et des plans d'eau de la nappe phréatique ».

L'onglet « Conditions particulières » précisait que les offres inférieures au prix de base mentionné dans le tableau n'étaient pas prises en considération et, qu'à défaut d'une offre supérieure ou égale à ce prix de base, le plan d'eau en question ne serait en principe pas affermé (art. 37 LcPê).

Enfin, un contrat-type, avec les droits et conditions pour le fermier, ainsi que « d'autres renseignements », pouvaient être obtenus auprès du SCPF.

D. Le 24 novembre 2020, deux offres en lien avec le plan d'eau n° xxx ont été ouvertes « à huis clos ». Celle déposée par la commune de A _____ s'est élevée à 670 fr./an, alors que celle de la Fédération cantonale valaisanne des pêcheurs amateurs, section du district de B _____ (ci-après : FCVPA, district de B _____) s'est montée à 800 fr./an.

Le 26 novembre 2020, le DMTE a octroyé aux soumissionnaires un délai au 14 décembre 2020 pour se déterminer sur le résultat de l'appel d'offres.

Le 10 décembre 2020, la commune de A _____ a formé « opposition » à l'encontre de l'ouverture des offres du 24 novembre 2020.

E. Le 22 avril 2021, le DMTE a adjugé le marché à la FCVPA, district de B _____, pour un montant annuel de 800 francs.

F. Le 3 mai 2021, la commune de A _____ a recouru céans en prenant les conclusions suivantes :

« À titre préliminaire

1. La pêche au lac de A _____ est strictement interdite jusqu'à droit connu.

À titre principal

2. Le recours est admis.
3. La décision du 22 avril 2021 du Département de la mobilité, du territoire et de l'environnement adjugeant le droit de pêche pour le plan d'eau A _____ (xxx) à D _____ à la section FCVPA du District de B _____ est annulée.
4. Le droit de pêche en question est adjugé à la Commune de A _____.
5. Tous les frais et dépens sont mis à la charge de l'État du Valais. »

Le 4 mai 2021, la Cour de céans a octroyé l'effet suspensif à titre préprovisionnel, en particulier en ce qui concernait la conclusion du contrat entre l'adjudicateur et l'adjudicataire.

Le 21 mai 2021, l' _____, président de la FCVPA, district de B _____, a implicitement conclu au rejet du recours.

Le 25 mai 2021, le Département de la sécurité, des institutions et du sport (ci-après : DSIS), auquel le domaine de la chasse, de la pêche et de la faune a été intégré, par décision du Conseil d'Etat du 1^{er} mai 2021, a versé en cause le dossier du DMTE, tout en proposant le rejet du recours de droit administratif déposé par la commune de A _____.

Considérant en droit

1.1 L'adjudication est une décision au sens de l'article 5 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RS/VS 172.6) qui peut être contestée céans dans un délai de dix jours dès sa notification (art. 15 et 16 de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics – LcAIMP ; RS/VS 726.1 ; art. 15 al. 1^{bis} let. a et al. 2 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics – AIMP ; RS/VS 726.1-1).

Le canton est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 6 LcAIMP et a choisi la procédure ouverte selon l'article 9 LcAIMP. La LcAIMP et l'ordonnance sur les marchés publics du 11 juin 2003 (Omp ; RS/VS 726.100) sont applicables en l'espèce vu qu'il n'est pas contesté que le cas soit soumis à la procédure d'adjudication prévue par l'article 42 LcPê. Un marché public se caractérise par le fait que la collectivité publique, qui intervient en tant que demandeur, acquiert auprès d'une entreprise privée, en échange d'une contrepartie, les moyens nécessaires pour exécuter ses tâches publiques. Si l'octroi d'une concession exclusive est inclus dans un marché global et qu'il ne vise pas en premier lieu un but de régulation, mais le transfert d'un droit ayant valeur pécuniaire pour l'accomplissement de tâches publiques, il convient de qualifier l'entier de l'opération de marché public (ATF 145 II 32 consid. 4.1, 144 II 184 consid. 2.2 et 144 II 177 consid. 1.3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_697/2019 du 21 août 2020 consid. 3.2 ; ACDP A1 20 196 du 25 février 2021 consid. 1).

1.2 Dans les affaires de marchés publics, l'intérêt digne de protection du recourant dépend en principe de ses chances d'obtenir l'adjudication, en cas d'admission des griefs qu'il formule. Un soumissionnaire dispose d'un tel intérêt en particulier s'il est en bonne place au classement des offres selon la grille d'évaluation (ATF 141 II 14 consid. 4.1 ; RVJ 2015 p. 72).

1.3 Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que le recourant a motivés dans les formes des articles 80 al. 1 let. c et 48 al. 1 LPJA et ne statue que sur la légalité de la décision contestée, non sur son opportunité (art. 16 AIMP et 16 LcAIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4).

1.4 Déposé le 3 mai 2021 contre la décision d'adjudication du 22 avril 2021, expédiée le 26 avril suivant et reçue le lendemain, le recours intervient dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 15 al. 4, 80 let. b et 46 LPJA). En outre, sur le vu des griefs formulés, on ne peut pas exclure, en cas d'admission de ceux-ci, que la recourante, arrivée en deuxième position, passerait au premier rang. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a LPJA, en relation avec les art. 15 et 16 LcAIMP ; voir p. ex. ACDP A1 17 51 du 2 novembre 2017 consid. 1.3).

2. La recourante se prévaut d'une violation de l'article 42 al. 3 LcPê. À la suivre, il existerait un intérêt public prépondérant justifiant de refuser d'adjuger le marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus favorable.

2.1 Conformément à l'article 42 LcPê, à l'exception des canaux, l'adjudication se fait à la suite d'une mise en soumission publiée au B.O. (al. 1). Le contrat d'affermage est conclu sur la base de l'offre la plus élevée ; en cas d'égalité, la priorité est accordée au précédent fermier, sous réserve des dispositions spéciales traitant de l'affermage de canaux et des plans d'eau de la nappe phréatique (al. 2). Le principe de l'offre la plus favorable n'est pas applicable lorsqu'une soumission est manifestement disproportionnée par rapport au rendement ordinaire de l'exploitation agricole. En outre, il peut être tenu compte d'intérêts publics prépondérants (al. 3).

2.2 Conformément à la maxime inquisitoire, l'autorité doit constater les faits d'office, sans être limitée par les allégations et les offres de preuve des parties (art. 56 al. 1 et 17 al. 1 LPJA). Ce principe est toutefois contrebalancé par le devoir de collaboration des parties (art. 56 al. 1 et 18 al. 1 let. a LPJA), qui sont tenues de participer à la constatation des faits dans une procédure qu'elles introduisent elles-mêmes (arrêt du Tribunal fédéral 1C_205/2012 du 6 novembre 2012 consid. 2.1 ; ACDP A1 17 155 du 20 avril 2018 consid. 2.1). Ce devoir porte avant tout sur les faits que les parties connaissent mieux

que les autorités et que ces dernières ne pourraient, sans la collaboration des parties, pas du tout ou seulement avec des efforts disproportionnés établir elles-mêmes (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2^e éd., 2018, n. 1560, p. 528 ; v. aussi Benoît Bovay, Procédure administrative, 2^e éd. 2015, p. 227). Cela étant, lorsque les preuves font défaut, ou si l'on ne peut exiger de l'autorité qu'elle les recueille, la règle de l'article 8 CC est applicable : celui qui prétend tirer un droit de l'existence d'un fait, subit les conséquences de l'absence de preuve à cet égard (Thierry Tanquerel, *op. cit.*, n. 1563, p. 528).

2.3.1 En l'espèce, la recourante estime qu'il existerait un intérêt public prépondérant à lui attribuer le droit de pêche pour le plan d'eau n° xxx « Lac de A _____ » en lieu et place du soumissionnaire ayant déposé l'offre la plus élevée, à savoir FCVA, district de B _____, parce que sa marge de manœuvre dans le cadre de l'entretien du lac, du réglage des eaux, ainsi que son accès à la turbine électrique seraient potentiellement limités si le droit de pêche ne lui était pas attribué. Elle estime ses griefs d'autant plus fondés que la décision attaquée se réfère aux articles 26 et 56 LcPê, lesquels précisent que l'exercice de la pêche ne doit pas être entravé et qu'une autorisation est nécessaire pour une intervention technique dans les eaux piscicoles si cette dernière est de nature à compromettre la pêche. Pour autant, elle n'amène aucun élément concret permettant de confirmer les hypothèses avancées ci-avant quand bien même le fardeau de la preuve lui incombait à cet égard. Force est de constater que rien au dossier ne laisse penser que la recourante ne serait plus à même d'entretenir le lac, de régler les eaux et d'accéder à la turbine électrique si le droit de pêche revenait à la FCVPA, district de B _____. D'une part, l'adjudicataire a fait savoir qu'elle ne comptait pas empêcher la commune de A _____ de remplir ses obligations légales et, qu'au demeurant, elle collaborait déjà étroitement avec divers acteurs hydroélectriques de la région dans le cadre de son mandat de rempoissonnement des cours d'eau et de barrage. D'autre part, l'on ne saurait souscrire à l'opinion de l'intéressée selon laquelle la citation des articles 26 et 56 LcPê permettrait de retenir que le DMTE aurait « lui-même reconnu que l'entretien du lac, le réglage de ses eaux, l'accès à la turbine électrique pourraient être limités et que la Commune pourrait ainsi se voir entravée dans sa marge de manœuvre ». En effet, ces dispositions ne font que rappeler les conditions et charges contenues dans la décision du 2 avril 2019 du DFE, aux termes de laquelle « le turbinage ne doit [notamment] pas porter préjudice à la pêche ou à la conservation de la faune piscicole des deux lacs de G _____ et de A _____. Il conviendra donc d'éviter des variations de niveau d'eau trop importantes des lacs pouvant nuire à la faune

piscicole et diminuer la période de pêche en relation directe avec une augmentation des volumes turbinés ». Par conséquent, le grief doit être rejeté.

2.3.2 Dans un second grief, la recourante soutient que l'affermage du plan d'eau litigieux à la FCVPA, district de B _____, empêcherait la société de pêcheurs de A _____, composée de 15 à 20 membres, de pêcher sur place si bien que ces derniers devront effectuer des déplacements conséquents – tout comme les pêcheurs du Val de B _____ – , ce qui serait contraire à l'intérêt public.

Ce raisonnement ne convainc pas. En effet, il ressort des pièces que la FCVPA, district de B _____, n'envisage pas d'interdire à la société des pêcheurs de A _____ la pratique de cette activité qu'ils souhaitent, bien au contraire, promouvoir. Rien ne laisse dès lors supposer que les pêcheurs de cette société ne pourront pas acquérir un permis de pêche auprès de la FCVPA, district de B _____. L'intérêt invoqué est, au demeurant, purement privé et ne saurait de toute manière pas l'emporter sur l'intérêt de la FCVPA, district de B _____, laquelle a déposé l'offre la plus favorable, à obtenir le marché querellé. A cet égard, la recourante ne soutient nullement que l'offre de 800 fr./an déposée par l'adjudicataire serait manifestement disproportionnée si bien que l'on ne discerne pas les motifs qui auraient permis à l'autorité attaquée de s'écarter du principe d'adjudication à l'offre la plus favorable.

2.3.3 En tout état de cause, comme le souligne le DSIS, il appartenait à la recourante de recourir, dans les dix jours, à l'encontre de l'appel d'offres publiée aux B.O. des xxx et xxx 2020 si elle estimait que cela entravait ses capacités à entretenir le plan d'eau, à régler les eaux et à accéder à la turbine électrique. Il en va de même quant au critère de la proximité du domicile par rapport au plan d'eau querellé, lequel est inexistant dans l'appel d'offres (art. 15 al. 1^{bis} let. a et al. 2 AIMP) et pourrait même se révéler discriminatoire au sens des marchés publics. N'ayant pas agi de la sorte, la recourante est dorénavant forclosée pour s'en prévaloir céans.

3.1 Au vu de ce qui précède, le recours de la commune de A _____ doit être rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).

3.2 Les frais sont remis (art. 89 al. 4 LPJA).

3.3 Il n'est pas alloué de dépens à FCVA, district de B _____, qui obtient gain de cause, mais n'en a pas requis (art. 91 al. 1 *a contrario* LPJA).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais sont remis.
3. Le présent arrêt est communiqué à Maître M _____, pour l'administration communale de A _____, à J _____, pour la FCVPA, district de B _____, et au Département de la sécurité, des institutions et du sport, à Sion.

Sion, le 31 août 2021