

A1 21 80

ARRÊT DU 12 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

X _____, , recourant, représenté par Maître M _____

contre

DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITÉ, DES INSTITUTIONS ET DU SPORT, 1951 Sion, autorité attaquée et **SOCIÉTÉ DES PÊCHEURS DE A** _____, tiers concerné, représentée par Maître N _____

(Adjudication & reg. profession)

recours de droit administratif contre la décision du 12 avril 2021

Faits

A. La parcelle n° xx1, plan n° xxx, propriété de la commune de A _____ accueille l'étang de B _____ (cf. [https://map.vsgis.ch/A _____](https://map.vsgis.ch/A_____)). Ce dernier est relié, sur son côté nord, à la parcelle n° 3865, également propriété de cette commune. La carte interactive « piscicole » du canton du Valais (disponible sous https://sitonline.vs.ch/tourisme_loisir/peche/fr/) indique, quant à elle, que cet étang est affermé et relié, sur son côté sud, au torrent de la C _____, qualifié de « rivière de montagne ».

B. 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 régale piscicole dont le plan d'eau n° xxx « Etang de B _____ (recte : B _____) », à A _____, faisait partie. Le prix de base annuel minimal a été fixé à 640 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 les 24 et 25 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 [loi cantonale du 15 novembre 1996 sur la pêche ; RS/VS 923.1], 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 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.

C. Le 24 novembre 2020, deux offres en lien avec le plan d'eau n° xxx ont été ouvertes « à huis clos ». Celle déposée par X _____ s'est élevée à 3 000 fr./an, alors que celle de la société des pêcheurs de A _____ (ci-après : la société des pêcheurs) s'est montée à 640 fr./an.

Le 26 novembre 2020, le DMTE a adressé le procès-verbal d'ouverture des offres à dite société en lui impartissant un délai de « rétractation et d'opposition au sens des articles 42 et 45 [LcPê] » au 14 décembre 2020.

Le 11 décembre 2020, la société des pêcheurs a formé « opposition » à l'encontre de « la décision relevant du procès-verbal d'ouverture des offres du 26 novembre 2020 ». Elle a avancé l'existence d'intérêts publics justifiant que l'affermage lui soit attribué, tout en soutenant que le montant avancé par X _____ était manifestement disproportionné. Subsidiairement, la société des pêcheurs s'est réservée le droit de présenter une offre complémentaire équivalente à l'offre la plus favorable (art. 45 al. 2 LcPê).

Le 15 janvier 2021, la municipalité de A _____ a requis que l'étang de B _____ soit sorti de la liste des retenues d'eau ou étangs destinés à l'affermage dans la mesure où ce plan d'eau était exclusivement affecté à l'irrigation.

Le 12 avril 2021, le DMTE a précisé que l'étang de B _____, en qualité de bassin d'irrigation, faisait partie de la régle piscicole (art. 27 al. 1 LcPê et art. 3 de la loi fédérale du 1^{er} octobre 2010 sur les ouvrages d'accumulation – LOA ; RS 721.101). En outre, l'appel d'offres ne pouvait plus, à ce stade, faire l'objet de griefs faute d'avoir été valablement attaqué dans le délai de 10 jours.

D. Le 12 avril 2021, le DMTE a adjugé le marché à la société des pêcheurs de A _____ pour un montant annuel de 640 francs.

E. Le 23 avril 2021, X _____ a recouru céans en prenant les conclusions suivantes :

« Préliminairement :

1. La requête d'octroi de l'effet suspensif est admise.
2. L'effet suspensif est octroyé au recours du 23 avril 2021 de X _____ à l'encontre de la décision du 12 avril 2021 du DMTE.
3. Par conséquent, il est signifié au Département des transports, de l'équipement et de l'environnement qu'il a l'interdiction de conclure un contrat d'affermage pour eaux piscicoles concernant l'étang du "B _____" jusqu'à droit connu sur la procédure de recours.

Principalement :

4. Le recours est admis.
5. Le droit de pêche pour le plan d'eau "B _____" est attribué à X _____ pour un montant de CHF 3'000.- par an pour une durée de 10 ans, dès le 1^{er} janvier 2021.
6. Subsidiairement, la décision du 12 avril 2021 du DMTE est annulée et la cause lui est renvoyée pour prononcer une nouvelle décision.

En tout état de cause :

7. Sous suite de frais et de dépens. »

Le 27 avril 2021, les parties ont été invitées à se déterminer sur la seule requête de restitution d'effet suspensif contenue dans le recours de droit administratif.

Le 29 avril 2021, la société des pêcheurs a conclu au « retrait » de l'effet suspensif.

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. Elle a également invité les parties à déposer leur réponse.

Le 6 mai 2021, la société des pêcheurs a conclu, sous suite de frais et de dépens, au rejet du recours. Le même jour, l'intéressée a encore déposé divers moyens de preuve.

Le 17 mai 2021, X _____ a maintenu ses conclusions.

Le 21 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 renonçant à se déterminer sur le recours de droit administratif déposé par X _____.

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 pour autant que le cas soit soumis à la procédure d'adjudication prévue par l'article 42 LcPê, ce que la commune de A _____ conteste (cf. *infra* consid.3.1).

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 23 avril 2021 contre la "décision d'adjudication" du 12 avril 2021, reçue le 14 avril suivant, le recours intervient dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 15 al. 4, 80 let. b et 46 LPJA). En outre, le recourant qui a déposé l'offre la plus élevée dispose d'un intérêt digne de protection à contester la décision qui ne lui octroie pas le marché (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 LPJA ; en relation avec les art. 15 et 16 LcAIMP). Il convient dès lors d'entrer en matière.

1.5 Le dossier du DMTE a été déposé césans ; la demande du recourant en ce sens est ainsi satisfaite (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). Ce dernier requiert également son interrogatoire. On ne perçoit toutefois pas, au vu des allégués et des différentes écritures déposées en cause, quelles circonstances particulières et importantes pour l'issue du litige l'intéressé entendrait établir par le moyen de preuve ainsi offert. A cela s'ajoute que l'article 29 al. 2 Cst., à l'instar de l'article 19 al. 1 LPJA, ne confère aucun droit à être entendu oralement. En outre, le recourant a largement pu faire valoir ses arguments dans la présente procédure. Par conséquent, l'interrogatoire requis étant superflu, vu que le dossier suffit à l'établissement des faits pertinents pour l'examen des griefs du recourant, il n'y a pas lieu d'ordonner cet acte de procédure (ATF 140 I 68 consid. 9.6.1 ; Regina Kiener et al., Öffentliches Verfahrensrecht, 2^e éd. 2015, n. 290, p. 80 ; RVJ 2009 p. 49 consid. 3b).

2. Le recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu, aux motifs que la décision du 12 avril 2021 est lacunaire et que le DMTE n'a pas porté à sa connaissance les prises de position récoltées auprès de la société des pêcheurs et de la municipalité de A _____, à l'encontre desquelles il n'a ainsi pas pu se déterminer.

2.1 Le droit d'être entendu, garanti par l'article 29 al. 2 Cst., comprend notamment le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1). Il confère également au justiciable le droit de prendre connaissance de toute prise de position soumise à l'autorité et de se déterminer à ce propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux arguments de fait ou de droit et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur la décision (ATF 133 I 100 consid. 4.3). L'autorité qui verse au dossier de nouvelles pièces dont elle entend se prévaloir dans son prononcé est dans ce sens tenue d'en aviser les parties et de leur donner l'occasion de se déterminer à leur sujet (ATF 132 V 387 consid. 3.1).

La jurisprudence a également déduit de l'article 29 al. 2 Cst. le devoir pour l'autorité de motiver sa décision afin que le destinataire puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Pour répondre à ces exigences, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'autorité se prononce expressément sur tous les points soulevés par les parties et réfute individuellement chacun de leurs arguments (art. 29 al. 3 LPJA ; ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 et 139 IV 179 consid. 2.2 ; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2^e éd. 2018, n. 1572 ss, p. 530 s.).

2.2 En l'espèce, le DMTE a octroyé à la société des pêcheurs un délai de « rétractation et d'opposition au sens des articles 42 et 45 [LcPê] », laquelle en a fait usage le 11 décembre 2020. Même si cette manière de procéder est discutable vu que cette voie de droit n'est pas prévue par la législation sur les marchés publics, ni d'ailleurs par la LcPê en cas de procédure d'affermage (art. 42 et 45 LcPê, cf. également Message accompagnant le projet de la loi cantonale sur la pêche, *in*: Bulletin des séances du Grand Conseil [BSGC], Session ordinaire de mars 1996, p. 127), il n'en demeure pas moins que cette opposition – dont il est patent qu'elle n'a pas été communiquée au recourant – a servi de base à la rédaction de la décision querellée étant donné que le DMTE a considéré que le plan d'eau « B _____ » se situait dans un secteur résidentiel avec une sensibilité élevée au bruit, de sorte qu'il convenait d'en limiter les nuisances sonores au maximum, ce dont la société des pêcheurs était consciente. Pour autant, la décision reste muette quant aux capacités du recourant à satisfaire à cette exigence qualifiée par le département attaqué d'intérêt public prépondérant. Il incombait

dès lors au DMTE d'interpeller au préalable le recourant, ce qu'il n'a pas fait. Partant, c'est à bon droit que celui-ci se plaint d'une violation de son droit d'être entendu.

Mais il y a plus. A suivre le DMTE, la société des pêcheurs serait à même de « garantir la pérennité du plan d'eau ainsi qu'à assurer la réalisation des impératifs de la commune de A _____ ». Cette motivation lacunaire ne permet toutefois pas d'appréhender valablement le raisonnement tenu par le DMTE pour écarter l'offre la plus favorable étant précisé qu'un travail en partenariat de « longue date » entre la société des pêcheurs et la commune n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit d'attribuer un marché, mais constitue, au contraire, un critère discriminatoire dès lors qu'il ne permet pas à d'autres soumissionnaires d'accéder au marché mis en adjudication. En outre, l'on cherche en vain les considérations qui permettraient d'exclure le recourant au motif que « la commune de A _____ doit effectuer d'importants travaux sur le plan d'eau afin d'assurer la conformité aux normes antisismiques », assertion au demeurant insuffisamment étayée vu qu'aucune autre pièce que le rapport technique intitulé « Assainissement du Bisse de A _____ », établi il y a près de 20 ans (octobre 2001) ne figure au dossier. Or, ce dernier ne permet pas d'appréhender les travaux envisagés ni leur ampleur vu qu'il a trait à des « travaux de réparation d'objets » (rapport, p. 16) qui devaient être entrepris il y a près de vingt ans de cela. Enfin, la décision est également lacunaire dans la mesure où la question de l'existence d'une offre manifestement disproportionnée a été laissée ouverte. En effet, en l'absence d'intérêts publics prépondérants établis, il appartenait au DMTE de justifier les motifs qui lui permettaient de s'écarter de l'offre la plus favorable, ce qu'il n'a pas fait. Etant donné qu'aucune valeur de rendement ordinaire de l'étang de B _____ ne figure au dossier, il appartiendra à l'autorité attaquée d'instruire ce point pour vérifier l'existence – ou non – d'une offre manifestement disproportionnée. Enfin, en raison des lacunes importantes du dossier, la violation du droit d'être entendu ne saurait dès lors être réparée céans, ce d'autant plus que le pouvoir d'examen de la Cour de céans de ne s'étend pas à l'opportunité de la décision contestée (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; cf. aussi consid. 1.3 *supra*).

3.1 Attendu ce qui précède, le recours est admis. La décision du 12 avril 2021 relative au plan d'eau n° xxx « Etang de B _____ » est annulée. La cause est renvoyée au DSIS qui reprendra l'instruction en constituant un dossier comportant toutes les pièces utiles à l'examen de la cause avant de porter une nouvelle décision dûment motivée, conformément aux sens des considérants précités et ce, pour autant que l'article 42 LcPê trouve application (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). A cet égard, la commune de A _____ a contesté, le 15 janvier 2021, que la régie de la pêche prévue à

l'article 27 LcPê, prérequis à l'application de l'article 42 LcPê, s'étend aux eaux de l'étang de B _____. Or, la décision ne souffle mot à ce sujet. En particulier, elle ne précise pas la source d'alimentation (publique ou privée) de l'étang de B _____, sis sur une parcelle appartenant à la municipalité de A _____. A ce sujet, il convient de préciser que le courrier du DMTE du 12 avril 2021 n'est manifestement pas suffisant pour déterminer la nature de l'étang de B _____, ce d'autant plus que le plan d'eau concerné ne répond *a priori* pas à la définition de « bassin d'accumulation » au sens de l'article 3 LOA tel qu'avancé par ce département. Par conséquent, il appartiendra au DSIS de déterminer, dans un premier temps, s'il s'agit d'eaux publiques ou privées, auquel cas il convient encore d'examiner si les poissons d'eaux publiques peuvent y pénétrer naturellement. En cas d'inexistence de régle de pêche sur l'étang de B _____, aucune procédure d'adjudication au sens de l'article 42 LcPê ne pourra être ultérieurement menée. Enfin, l'admission du recours pour violation du droit d'être entendu dispense la Cour de se livrer à l'examen des autres griefs soulevés.

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

3.3 Le recourant, qui obtient gain de cause et a pris une conclusion en ce sens, a droit à une indemnité de dépens (art. 91 al. 1 LPJA), à la charge de l'Etat du Valais. Cette indemnité est fixée à 1 500 fr. (TVA comprise ; art. 4, 27 et 39 de la loi du 11 février 2009 fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives – LTar ; RS/VS 173.8). En sus de l'indemnisation des débours de cette partie, fixés forfaitairement à 100 fr. (pour les frais de copies [50 cts par page : ATF 118 Ib 349 consid. 5] et de port [selon le tarif postal; cf. à ce sujet, RVJ 2002 p. 315]), ce montant tient compte de l'activité déployée par le mandataire du recourant, qui a consisté en la prise de connaissance du dossier et en la rédaction d'un recours de 12 pages et d'une détermination de 2 pages. Enfin, les dépens sont refusés à la société des pêcheurs qui n'obtient pas gain de cause (art. 91 al. 1 *a contrario* LPJA).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est admis. La décision du 12 avril 2021 relative au plan d'eau n° xxx « Etang de B _____ » est annulée et le dossier renvoyé au DSIS pour nouvelle décision au sens des considérants 2.2 et 3.1.
2. Il n'est pas perçu de frais.
3. L'Etat du Valais versera à X _____ 1 500 fr. pour ses dépens.
4. Il n'est pas alloué de dépens à la société des pêcheurs de A _____.
5. Le présent arrêt est communiqué à Maître M _____, pour X _____, à Maître N _____, pour la société des pêcheurs de A _____ et, au Département de la sécurité, des institutions et du sport.

Sion, le 12 août 2021