

A1 21 96

ARRÊT DU 8 SEPTEMBRE 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

CLUB DE LA TRUITE DE A _____, par son président, **W** _____, recourant

contre

DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITÉ, DES INSTITUTIONS ET DU SPORT, autorité
attaquée, **X** _____, **Y** _____, **Z** _____, tiers concernés

(Adjudication & reg. profession)

recours de droit administratif contre la décision du 22 avril 2021

Faits

A. La parcelle n° xxx, sur commune de B _____, accueille notamment le lac de A _____ inférieur (cf. <https://xxx>). La carte interactive « piscicole » du canton du Valais (disponible sous https://sitonline.vs.ch/tourisme_loisir/peche/fr/), ainsi que la « carte de pêche du canton du Valais 2019-2023 » (disponible sous <https://www.vs.ch/web/scpf/cartes>) indiquent que ce plan d'eau est affermé et alimenté par des « rivières et torrents de montagne ».

B. Par avis inséré le xxx 2020 au Bulletin officiel (B.O.) n° xx 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° xx « Lac du A _____ [recte : A _____] inférieur (C _____) » faisait partie. Le prix de base annuel minimal a été fixé à 490 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 [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.

Le 30 octobre 2020, le Club de la truite xxx (ci-après : le Club) a proposé « le montant du loyer annuel d'affermage en continuation du loyer actuel à 600.- ou à hauteur d'une éventuelle offre concurrente acceptable ». Il a fait savoir à cette occasion qu'il bénéficiait d'un droit d'affermage sur ce plan d'eau depuis 1973 et que ses membres, dont le nombre est limité à 10 personnes, avaient comme mission de prendre en charge annuellement le repeuplement piscicole du lac, de surveiller et de maintenir l'écosystème de reproduction

de la faune, de préserver et de sauvegarder le plan d'eau et ses abords. En outre, afin d'éviter une fréquentation excessive de pêcheurs sportifs, le droit de pêche était limité à ses membres.

C. Le 24 novembre 2020, cinq offres en lien avec le plan d'eau n° xxx ont été ouvertes « à huis clos ». Celle déposée par D _____ est arrivée en première position avec un prix offert de 720 fr./an, suivie par celle de Z _____ (660 fr./an) et celle du Club (600 fr./an). En quatrième position se trouvait l'offre déposée par X _____ (590 fr./an) et, en dernière position, celle de Y _____ (560 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 28 novembre 2020, le Club a indiqué vouloir s'aligner à la meilleure offre (720 fr./an). Le 15 décembre 2020, le SCPF lui a répondu qu'un alignement à la première offre n'était pas possible (art. 42 al. 2 LcPê).

Le 11 décembre 2020 (date du sceau postal), D _____ a retiré son offre.

Le 23 décembre 2020, le Club a présenté ses observations.

D. Le 22 avril 2021, le DMTE a adjugé le marché à Z _____ pour un montant annuel de 660 francs.

E. Le 5 mai 2021, le Club, par son président, a recouru céans en concluant à l'admission du recours et à l'adjudication du plan d'eau n° xxx à ses membres.

Le 1^{er} juin 2021 (date du sceau postal), le Club a requis l'octroi de l'effet suspensif.

Le 1^{er} juillet 2021 (date du sceau postal), Z _____, D _____, X _____ et Y _____ ont conclu, sous suite de frais et de dépens, au rejet du recours.

Le 30 juillet 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 et a proposé le rejet du recours, sous suite de frais.

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 césans 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 que l'adjudication litigieuse est régie 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).

En l'espèce, le recourant perd de vue que l'article 42 LcPê, dont l'application n'est pas contestée, ne prévoit pas d'enchères publiques, mais une procédure d'adjudication. En outre, l'ouverture des offres à huis clos en raison de la situation sanitaire (COVID-19) n'a pas préterité le recourant qui, même s'il avait pu y assister personnellement, n'aurait pas été en droit de « confirmer la pleine validité de son offre du 30.10.2020 et faire figurer au procès-verbal d'ouverture son intention d'offrir un loyer à hauteur d'une offre acceptable » (cf. *infra* consid. 2.2). Mal fondé, le grief doit être rejeté.

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 lit. 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 8 mai 2021 (date du sceau postal) contre la décision d'adjudication du 22 avril 2021, expédiée le 26 avril 2021 et retirée le 29 avril 2021 à la suite d'ordres déclenchés par le recourant (« deuxième présentation » ; « autorisation de distribution » ; ch. 2.2.2 des conditions générales « Mes envois » de la Poste de juillet 2021 ; pièce 27), le recours intervient dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 15 al. 4, 80 let. b et 46 LPJA ; cf. Wolfgang Ernst/Serafin Oberholzer, Fristen und Fristenberechnung gemäss Zivilprozessordnung, Zurich/St.Gall 2013, n. 120, p. 51). En outre, sur le vu des griefs formulés, on ne peut pas exclure, en cas d'admission de ceux-ci, que le recourant passerait au premier rang. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 LPJA ; en relation avec les art. 15 et 16 LcAIMP). Il convient ainsi d'entrer en matière.

1.5 Le recourant a sollicité l'administration de plusieurs moyens de preuve. Le DSIS a déposé en cause le dossier du DMTE si bien que la demande du recourant en ce sens est satisfaite (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). Celui-ci requiert également l'interrogatoire des parties, ainsi que l'audition de E_____. Ces offres de preuve seront rejetées par appréciation anticipée de leur utilité (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA ; ATF 145 I 167 consid. 4.1). En effet, la Cour estime que les pièces au dossier permettent de trancher le litige à la lumière des faits pertinents, si bien qu'il n'y a pas lieu d'administrer les moyens de preuve proposés. En outre, l'argumentation juridique développée par le recourant sur la base des faits que les preuves proposées sont censées établir n'est, comme il sera démontré ci-après, pas propre à affecter la légalité de la décision attaquée.

2. Le Club reproche au DMTE d'avoir ignoré la validité de son offre, en qualité d'ancien fermier pouvant « légitimement placer une offre égale ».

2.1.1 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 piscicole. En outre, il peut être tenu compte d'intérêts publics prépondérants (al. 3).

2.1.2 L'interprétation d'une règle de droit consiste à en déterminer le sens. Si la lecture de cette règle conduit à un résultat univoque, c'est-à-dire s'il n'y a aucune ambiguïté dans les termes utilisés et que le sens de la norme est clair, on ne peut s'en écarter, sous peine de tomber dans l'arbitraire. Il ne peut en aller différemment que lorsque ce sens littéral ne peut être raisonnablement celui qui a été voulu par le législateur, dont l'intention réelle se révèle alors par l'emploi d'autres méthodes (ATF 147 I 206 consid. 3.5 ; Pierre Moor et al., Droit administratif, Vol. I, 3^e éd. 2012, p. 127 ss ; André Grisel, Traité de droit administratif, Vol. 1, Neuchâtel 1984, p. 124). En d'autres termes, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique ; ATF 142 II 388 consid. 9.6.1 ; v. aussi Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2^e éd., 2018, n. 429, p. 146 s.).

2.2 En l'espèce, le recourant soutient que « l'usage et la loi » doivent permettre à l'ancien fermier de s'aligner sur une offre tierce plus haute. Pour autant, il n'indique pas les motifs qui permettraient de s'écarter du sens clair de la loi qui prévoit que 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 (art. 42 al. 2 LcPê). Le renvoi à l'article 45 al. 2 LcPê, inapplicable céans et constituant une *lex specialis* à l'article 42 LcPE, aux termes duquel le précédent fermier peut présenter une offre complémentaire équivalente, démontre que cette possibilité n'est pas prévue par le régime ordinaire. Par conséquent, c'est à bon droit que le DMTE n'a pas pris en considération l'offre complémentaire déposée le 28 novembre 2020 par le recourant pour déterminer l'offre la plus favorable.

Le recourant soutient ensuite avoir déposé une offre équivalente au sens de l'article 42 al. 2 LcPê dans la mesure où il a proposé un loyer annuel de 600 fr. ou « [...] à hauteur d'une éventuelle offre concurrente acceptable ». Ce raisonnement ne saurait être suivi vu qu'il s'agit implicitement d'un alignement prohibé par l'article 42 al. 2 LcPê. En outre, cette manière de faire se heurte à l'appel d'offres publié au B.O. qui précise que seules les offres chiffrées pouvaient être prises en compte (montant offert en chiffres et en lettres). La

proposition d'une offre « à hauteur d'une éventuelle offre concurrente acceptable », laquelle n'est au demeurant pas déterminable vu que l'intéressé n'indique pas ce qui est « acceptable » selon lui, ne pouvait dès lors être retenue. Ainsi, seul le montant de 600 fr./an, inférieur à celui proposé par l'adjudicataire (660 fr./an), pouvait être reporté dans le tableau d'ouverture des offres.

Le fait que le DMTE se soit faussement fondé, en 2010, sur l'article 45 al. 2 LcPê et qu'il ait accepté à cette occasion la formulation susvisée ne saurait modifier l'issue du litige. En effet, cette pratique était illégale pour les motifs énoncés ci-avant. En outre, le recourant ne prétend pas, à juste titre, que le plan d'eau n° xxx constituerait une gouille au sens de l'article 45 LcPê si bien que cette disposition n'entre tout simplement pas en considération.

Enfin, l'assertion toute générale du recourant selon laquelle « on ne lit pas dans l'affermage attribué si l'offre est "raisonnable et non pas disproportionnée" » frise l'irrecevabilité (art. 48 al. 2 LPJA, applicable par renvoi de l'article 80 al. 1 let. b LPJA). Même recevable, elle aurait de tout manière dû être rejetée, car l'on cherche en vain l'existence d'une offre « manifestement disproportionnée » ; ce d'autant plus qu'il n'existe qu'un écart de 60 francs entre l'offre de l'adjudicataire et celle du recourant. Au vu de ce qui précède, le grief tiré de la violation de l'article 42 LcPê doit être intégralement rejeté.

3. Le recourant soulève ensuite « l'irresponsabilité » du SFCP à ne pas prendre en compte les critères de préservation et de valorisation du lac de A _____ inférieur et d'adjuger le marché à des personnes voulant promouvoir un « tourisme piscicole ».

3.1 L'appel d'offres peut faire l'objet d'un recours, dûment motivé, dans les dix jours suivant sa publication (art. 15 al. 1^{bis} let. a et al. 2 AIMP ; art. 15 et 16 LcAIMP).

3.2 En l'espèce, c'est à bon droit que le DSIS indique que les considérations du recourant vont à l'encontre du but de l'affermage du plan d'eau qui consiste à autoriser l'activité de la pêche et que, si une démarche écologique devait se justifier afin de préserver la faune piscicole du plan d'eau, la pêche devrait tout simplement y être interdite, y compris pour le recourant, ce que ce dernier ne fait pas valoir. Quoi qu'il en soit, l'appel d'offres publié aux B.O. des xxx et xxx 2020 ne prévoyait aucun critère relatif à la préservation du site et à la réduction des impacts sur la faune et la flore. Il appartenait dès lors au recourant de l'attaquer, dans les dix jours s'il entendait en contester les critères d'adjudication. Faute d'avoir procédé de la sorte, celui-ci ne saurait s'en plaindre maintenant. Mal fondé, le grief doit être rejeté.

4. Dans un dernier grief, le recourant soutient que D _____, Z _____, X _____ et Y _____ auraient eu « un comportement d'abus de droit » lié à leur statut de gardes-pêche auxiliaires, ce qui leur aurait permis d'obtenir des informations indues (notamment le montant du précédent loyer), violé l'égalité de traitement et faussé la libre concurrence.

4.1.1 En vertu de l'article 23 al. 1 let. f Omp, un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication, en particulier lorsque, au moment du dépôt de son offre ou au moment de l'adjudication il a conclu des ententes qui contreviennent à une concurrence efficace ou y nuisent considérablement.

4.1.2 Aux termes de l'article 14 al. 1 LcPê, la surveillance de la faune piscicole est exercée par les membres assermentés du service et les gardes professionnels (let. a), les agents de la police cantonale pour la répression des infractions (let. b), les gardes-frontières fédéraux dans la mesure où le service douanier le leur permet (let. c), les gardes-pêche auxiliaires, rattachés territorialement aux gardes professionnels (let. d) et les agents municipaux dûment formés (let. e).

Selon l'article 15 al. 1 *ab initio* LcPê, le Conseil d'Etat peut, sur proposition du département, la section FCVPA entendue, nommer des gardes-pêche auxiliaires rattachés administrativement aux surveillants professionnels et dont l'engagement est bénévole.

Le gardiennage auxiliaire est une aide bénévole apportée par certains pêcheurs particulièrement soucieux de l'avenir de la pêche. Il ne reçoit aucun salaire et a seulement le droit d'être dédommagé de ses frais, les frais de constat suivant le sort de la cause (Message accompagnant le projet de loi cantonale sur la pêche, BSGC, Session ordinaire de février 1996, p. 120). En outre, les compétences du garde auxiliaire se limitent au contrôle de la pêche. En cas de difficulté importante, le garde auxiliaire fait appel soit au garde professionnel, soit à la police cantonale (Message précité, p. 121).

4.2 En l'occurrence, le DMTE a octroyé le 26 novembre 2020 un délai à tous les soumissionnaires pour se déterminer sur le résultat de l'appel d'offres. A cette occasion, le recourant n'a pas fait valoir que les personnes susvisées avaient adopté « un comportement d'abus de droit » lié à leur statut de garde-pêche auxiliaire. Il est dès lors forclos de s'en plaindre désormais pour la première fois. En outre, X _____, D _____, Y _____ et Z _____ occupent cette fonction à titre bénévole et leur compétence est limitée au contrôle de la pêche. Ils n'ont dès lors aucune possibilité d'intervenir dans les procédures d'adjudication au sens de la LcPê. De plus, ils ont soumissionné, à titre privé, et rien ne laisse supposer qu'ils auraient bénéficié d'un avantage indu dans le cadre

de la procédure d'adjudication, ce que le DSIS a d'ailleurs confirmé dans ses observations du 30 juillet 2021. Il n'y a dès lors pas lieu de mettre en doute que l'intégralité des soumissionnaires n'ont eu accès qu'aux informations figurant dans l'appel d'offres publié au B.O. et qu'ils ont été traités de manière égale. S'agissant en particulier du montant du précédent affermage, le recourant ne conteste pas qu'il s'agit d'une information publique, accessible à tous les soumissionnaires (art. 20 al. 2 LcAIMP et 34 al. 5 let. f Omp) et, en tout, cas connue de lui-même en qualité d'ancien fermier du plan d'eau affermé. L'on cherche dès lors en vain son influence sur la procédure litigieuse. A cela s'ajoute que les offres adressées par X _____, D _____, Y _____ et Z _____, le 9 novembre 2020 (pièce 6), sont antérieures à celle du recourant (12 novembre 2020) si bien qu'ils n'ont visiblement pas été en mesure d'avoir accès au montant remis par l'intéressé. En outre, il ne ressort pas du dossier qu'une entente contrevenant à une concurrence efficace ou y nuisant considérablement (art. 23 al. 1 let. f Omp) ait été conclue entre les quatre soumissionnaires précités dans la mesure où leurs offres respectives ne s'éloignent pas sensiblement du prix de base requis par l'Etat. Le recourant n'amène aucun élément concret permettant de supposer l'inverse. Il ne soutient pas non plus que le prix offert par l'adjudicataire (660 fr./an) serait surfait, soit supérieur à ce qui aurait dû résulter d'une concurrence normale. Partant, le grief est rejeté.

5.1 Attendu ce qui précède, le recours doit être rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).

5.2 Le présent arrêt rend sans objet la demande d'effet suspensif.

5.3 Le Club supportera les frais de justice (art. 89 al. 1 LPJA), sans allocation de dépens (art. 91 al. 1 *a contrario* LPJA).

5.4 Vu les critères et limites des articles 13 al. 1 et 25 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) et, en particulier, les principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, l'émolument de justice, qui comprend les frais de chancellerie (art. 3 al. 3 et 11 LTar), est fixé à 1 500 francs.

5.5 X _____, Y _____ et Z _____, lesquels obtiennent gain de cause (art. 91 al. 1 LPJA), ont droit au remboursement de leur débours, lesquels sont forfaitairement fixés à 10 francs (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]). Ils ne sauraient toutefois prétendre à l'octroi de dépens dès lors qu'ils n'ont pas démontré l'existence de

circonstances particulières justifiant un dédommagement pour la perte de temps ou de gain (art. 4 al. 2 LTar).

Par conséquent, le Club versera 10 francs à X _____, Y _____ et Z _____.

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. La requête d'effet suspensif est classée.
2. Le recours est rejeté.
3. Les frais, par 1 500 fr., sont mis à la charge du Club de la Truite de A _____.
4. Le Club de la Truite de A _____ versera 10 fr., à titre d'indemnisation pour les débours, à X _____, Y _____ et Z _____.
5. Le présent arrêt est communiqué au Club de la Truite de A _____, par son président, W _____, à X _____, à Y _____, à Z _____, et, au Département de la sécurité, des institutions et du sport, à Sion.

Sion, le 8 septembre 2021