

A1 21 89

**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**

**X** \_\_\_\_\_, recourant

**contre**

**DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITÉ, DES INSTITUTIONS ET DU SPORT**, 1951 Sion,  
autorité attaquée, **Y** \_\_\_\_\_, 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, propriété de la commune de A \_\_\_\_\_ accueille deux Petits Lacs mitoyens (cf. <https://xxx>). La carte interactive « piscicole » du canton du Valais (disponible sous [https://sitonline.vs.ch/tourisme\\_loisir/peche/fr/](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 sans pour autant l'attribuer à la catégorie « gouille ».

**B.** Le 28 février 2011, dans le cadre du réaménagement du Grand Lac de B \_\_\_\_\_, C \_\_\_\_\_ a rédigé une note intitulée « Grand Lac de B \_\_\_\_\_. Alimentation du Grand Lac. Analyse de solution d'approvisionnement ». Il en découle que l'alimentation principale visible du Grand Lac se fait par une source au nord-est du lac, qui est captée dans les vignes et s'écoule ensuite dans le lac. L'alimentation des eaux se fait également par des venues souterraines et lacustres. En outre, il peut être remarqué l'existence d'un gradient (ou en tous cas une différence de niveau décroissante) du sud-est vers le nord-ouest, soit depuis F \_\_\_\_\_ vers le lac à travers la colline de B \_\_\_\_\_, puis vers les Petits Lacs et ensuite vers D \_\_\_\_\_. S'agissant du Grand Lac, l'eau provient en grande partie d'altitude, via la nappe d'éboulement, plus particulièrement en été et également depuis la nappe alluvionnaire de la E \_\_\_\_\_ et de F \_\_\_\_\_, plutôt en période hivernale.

Mandaté par la ville de A \_\_\_\_\_, le groupement d'ingénieurs « Groupe Gestion B \_\_\_\_\_ », composé par G \_\_\_\_\_ Sàrl, H \_\_\_\_\_ SA et I \_\_\_\_\_ SA, a rédigé en décembre 2012 un « Bilan de la qualité des eaux des Lacs de B \_\_\_\_\_ et concept d'amélioration » duquel il ressort notamment que la géologie de la région A \_\_\_\_\_ est caractérisée par des dépôts quaternaires. Les collines ont été formées par un gigantesque éboulement survenu en période tardi-glaciaire entre lesquelles se sont déposées des formations fluvio-lacustres. La base de l'éboulement contient une nappe intermédiaire dont les lacs constituent l'affleurement naturel (ch. 2.1, p. 2). S'agissant plus particulièrement de l'alimentation des Petits Lacs, il n'y a pas d'apport superficiel visible (ch. 2.2.3, p. 3). Le rapport précise ensuite, en ce qui concerne la gestion de la pêche, que les Petits Lacs abritent l'une des dernières grandes populations d'écrevisses à pattes blanches du canton si bien qu'ils méritent un statut de protection très élevé et doivent rester un réservoir pour des réintroductions ultérieures. Ces auteurs préconisent ainsi l'interdiction de tout lâcher de poissons, ainsi que la pêche, le canotage, la plongée et la

baignade en raison des risques élevées de contamination des écrevisses par la peste (ch. 11.6, p. 54 et 12, p. 55).

J \_\_\_\_\_ retient, quant à lui, dans un article paru en 1943 dans les archives des sciences physiques et naturelles, que le Grand Lac n'est pas une dépression coupant une nappe aquifère, mais une cuvette étanche alimentée par des sources d'eaux superficielles (p. 95).

**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 régale piscicole dont le plan d'eau n° xxx « 2 Petits lacs A \_\_\_\_\_ », faisait partie. Le prix de base annuel minimal a été fixé à 630 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 LcSP).

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

Le 12 novembre 2020, X \_\_\_\_\_ a déposé une offre au prix de 860 fr./an. Le même jour, Y \_\_\_\_\_ et K \_\_\_\_\_ ont déposé conjointement une offre au prix de 630 fr./an pour l'affermage des Petits Lacs.

**D.** Le 24 novembre 2020, deux offres ont été ouvertes « à huis clos ». Celle déposée par X \_\_\_\_\_ est arrivée en première position avec un prix offert de 860 fr./an, suivie par celle déposée par « Y \_\_\_\_\_ » (630 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, Y \_\_\_\_\_ a adressé au SCPF une annonce d'alignement, laquelle n'a pas été contresignée par K \_\_\_\_\_.

Le 18 février 2021, X \_\_\_\_\_, se fondant sur une étude rédigée par L \_\_\_\_\_, s'est adressé au DMTE pour contester le statut de « gouille » des deux Petits Lacs de A \_\_\_\_\_, qui, de son avis, n'étaient pas alimentés par la nappe phréatique.

**E.** Le 22 avril 2021, le DMTE a adjudgé le marché à Y \_\_\_\_\_ et K \_\_\_\_\_ pour un montant annuel de 860 francs.

**F.** Le 5 mai 2021, X \_\_\_\_\_ a recouru céans en prenant les conclusions suivantes :

« Plaise au Tribunal cantonal de dire et prononcer :

1. Le recours est admis.
2. La décision du Chef du DMTE du 22 avril 2021 est annulée.
3. L'affermage des « Deux Petits Lacs » (xxx) me sont adjudgés.
4. Subsidiairement, on ne saurait assimiler un lac millénaire, alimenté par des eaux d'altitude et des sources à une gouille.
5. Plus subsidiairement, il est démontré que l'impartialité de la décision n'est pas garantie.
6. Les frais de la procédure sont mis à la charge de l'Etat.
7. Une équitable indemnité est alloué[e] au recourant.

L'effet suspensif de la décision du Chef du DMTE du 22 avril 2021 est accordé. »

Le 17 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 7 juin 2021, Y \_\_\_\_\_ a présenté ses observations sans prendre de conclusions formelles. A cette occasion, il a déposé un avis hydrologique rédigé par M \_\_\_\_\_ Sàrl, le 25 mai 2021, selon lequel les deux Petits Lacs ont comme source d'alimentation principale la nappe phréatique, ainsi qu'une notice hydrogéologique du même jour, aux termes de laquelle C \_\_\_\_\_, ingénieur-géologue SIA et N \_\_\_\_\_, géologue, ont indiqué que « la relation entre la nappe phréatique (nappe de la base des collines d'éboulement de A \_\_\_\_\_) et les Petits-Lacs (tout comme le grand Lac) a été confirmée lors des suivis hydrogéologiques quantitatif et qualitatif ».

Le 17 juin 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<sup>er</sup> mai 2021, a versé en cause le dossier du DMTE et a proposé le rejet du recours, sous suite de frais.

Le 29 juin 2021, X \_\_\_\_\_ s'est déterminé.

Le 28 juillet 2021, le DSIS a répliqué.

### **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 ceans 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<sup>bis</sup> 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 45 LcPê, ce que le recourant conteste.

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 5 mai 2021 contre la décision d'adjudication du 22 avril 2021, reçue le 27 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 en premier 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.

**2.** Le recourant reproche au DMTE d'avoir retenu, à tort, que les deux Petits Lacs constituaient une gouille et, par là-même, d'avoir illégalement appliqué l'article 45 LcPê.

**2.1** La jurisprudence a 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<sup>e</sup> éd. 2018, n. 1572 ss, p. 530 s.).

**2.2** Aux termes de l'article 42 al. 2 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 traitant de l'affermage des canaux et des plans d'eau de la nappe phréatique. Les articles 44 à 46 LcPê constituent une *lex specialis* à l'article 42 LcPê. L'article 44 LcPê prévoit ainsi, qu'à l'exception des plans d'eau de la nappe phréatique (gouilles) attribués par arrêté au permis cantonal, que toute exploitation piscicole d'une gouille est soumise à affermage. L'article 45 al. 2 LcPê permet au précédent fermier, en cas d'offres inégales, et sous réserve d'une offre disproportionnée, de présenter une offre complémentaire équivalente à l'offre la plus favorable.

**2.3** En l'occurrence, le DMTE se fondant sur l'analyse de C \_\_\_\_\_ du 28 février 2011 et celle du « Groupe Gestion B \_\_\_\_\_ », de décembre 2012, a considéré que « les études confirment l'alimentation mixte des lacs de B \_\_\_\_\_, notamment par la nappe

phréatique » si bien que ces plans d'eau devaient être qualifiés de « gouilles » au sens des articles 44 à 46 LcPê. Pour autant, il ne précise pas sur quel(s) passage(s) il fonde son raisonnement. A cet égard, il sied de relever que l'analyse de C \_\_\_\_\_ n'a pas trait aux deux Petits Lacs et permet uniquement de retenir pour le Grand Lac de B \_\_\_\_\_ que l'eau provient en grande partie d'altitude, via la nappe d'éboulement, plus particulièrement en été et également depuis la nappe alluvionnaire de la E \_\_\_\_\_ et de F \_\_\_\_\_, plutôt en période hivernale si bien qu'il ne saurait justifier le point de vue du DMTE. Ensuite, en ce qui a trait au « Bilan de la qualité des eaux des Lacs de B \_\_\_\_\_ et concept d'amélioration » établi par le « Groupe Gestion B \_\_\_\_\_ » en décembre 2012, il en ressort que ce dernier mentionne certes qu'il n'y a pas d'apport superficiel visible en ce qui concerne l'alimentation des Petits Lacs (ch. 2.2.3, p. 3), pour autant son analyse n'est que sommaire et nullement approfondie. Par conséquent, elle ne permet également pas de retenir que les Petits Lacs constitueraient des « petites gouilles ».

A cela s'ajoute que les Petits Lacs ne figurent pas à l'article 5 de l'arrêté quinquennal du Conseil d'Etat du 28 novembre 2018 sur l'exercice de la pêche en Valais pour les années 2019-2023 (RS/VS 923.170) qui traite du droit de pêche donné par le permis cantonal sur les « gouilles » listées à cette disposition, ni sur le plan piscicole du canton, lequel ne classe pas le plan d'eau n° xxx dans la catégorie « gouilles », mais dans celui des plans d'eau « affermés ». Le même constat s'impose à la lecture de la « carte de pêche du canton du Valais 2019-2023 » qui ne range pas les Petits Lacs dans la catégorie « gouille », mais uniquement dans celui de plan d'eau « affermé ». Il s'ensuit que la qualité de « gouille » des Petits Lacs n'est pas patent et n'a pas été motivé à satisfaction de droit par le DMTE, ce d'autant plus que le DSIS a transmis ceans un article de J \_\_\_\_\_, parue en 1943 dans les archives des sciences physiques et naturelles, lequel retient que le Grand Lac n'est pas une dépression coupant une nappe aquifère, mais une cuvette étanche alimentée par des sources d'eaux superficielles (p. 95). Même si cet article ne traite pas des deux Petits Lacs, il n'en demeure pas moins qu'il jette un doute supplémentaire par rapport à l'alimentation en eaux de ces derniers qui pourrait ne pas provenir de la nappe phréatique.

S'agissant ensuite des pièces déposées par l'adjudicataire, à savoir l'avis hydrologique de M \_\_\_\_\_ Sàrl du 25 mai 2021 selon lequel les deux lacs ont comme source d'alimentation principale la nappe phréatique et celui, du même jour, de C \_\_\_\_\_ et de N \_\_\_\_\_ aux termes duquel, « la relation entre la nappe phréatique (nappe de la base des collines d'éboulement de A \_\_\_\_\_) et les Petits-Lacs (tout comme le grand

Lac) a été confirmée lors des suivis hydrogéologiques quantitatif et qualitatif », ils ne permettent pas, à eux seuls, de qualifier les Petits Lacs de gouille au sens des articles 44ss LcPê. D'une part, ces rapports ont été rédigés sur demande de Y \_\_\_\_\_, lequel dispose d'un intérêt propre à l'application des articles 44 ss LcPê, d'autre part, les documents annexés auxdites études se rapportent essentiellement au Grand Lac. Par conséquent, il appartiendra à l'autorité attaquée de déterminer la nature exacte de ce plan d'eau avant de rendre une nouvelle décision. A cet égard, si le DSIS devait arriver à la conclusion que les Petits Lacs constituent une gouille, il ne saurait encore attribuer sans autre le plan d'eau à Y \_\_\_\_\_ et à K \_\_\_\_\_ comme il l'a fait vu que ce dernier n'a pas signé l'offre d'alignement. Contrairement à ce que soutient le DSIS, la contre-offre ne saurait être considérée comme valablement établie en l'absence de la cosignature des deux intéressés. En effet, les membres d'un consortium sont liés par un contrat de société simple au sens des articles 530 ss CO. Dès lors qu'en déposant une offre d'alignement, Y \_\_\_\_\_ a recherché un avantage consistant à obtenir l'adjudication, il fait valoir un droit de la société simple. Ce droit étant indivisible, les membres du consortium devaient agir conjointement ou, conformément aux règles de représentation (art. 543 al. 2 CO), donner une procuration à l'autre pour agir seul, au nom et pour le compte des deux (AF 131 I 153 consid. 5.4 ; Daniel Guignard, La qualité pour recourir, in : Jean-Baptiste Zufferey et al., Marchés publics 2020, Zurich/Bâle/Genève 2020, n. 15, p. 456), ce qui n'a pas été fait *in casu*. Par ailleurs, admettre la solution du DSIS selon laquelle une contre-offre est valable même en l'absence de signature et de procuration reviendrait à une modification de l'offre, ce qu'interdit l'article 14 al. 1 *in fine* de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100).

Enfin, il appartiendra également à l'autorité inférieure d'effectuer une pesée des intérêts quant à la gestion de la pêche. En effet, la décision attaquée se fonde notamment sur le « Bilan de la qualité des eaux des Lacs de B \_\_\_\_\_ et concept d'amélioration » de décembre 2012 aux termes duquel il ressort que tout lâcher de poissons, ainsi que la pêche, le canotage, la plongée et la baignade en raison des risques élevées de contamination des écrevisses par la peste devraient être interdits (ch. 11.6, p. 54 et 12, p. 55). Or, la décision attaquée ne souffle mot de cette problématique.

**2.4** En définitive, en raison des lacunes importantes du dossier, la violation du droit d'être entendu ne saurait 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 22 avril 2021 relative au plan d'eau n° xxx« 2 Petits lacs A \_\_\_\_\_ » 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 (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). 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 300 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 50 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 l'intéressé, lequel a agi sans le concours d'un avocat, travail qui a consisté en la rédaction d'un recours de 4 pages et d'une détermination de 2 pages. Enfin, les dépens sont refusés à Y \_\_\_\_\_ 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 22 avril 2021 relative au plan d'eau n° xxx « 2 Petits lacs A \_\_\_\_\_ » est annulée et le dossier renvoyé au DSIS pour nouvelle décision au sens du considérant 2.3.
2. Il n'est pas perçu de frais.
3. L'Etat du Valais versera à X \_\_\_\_\_ 300 fr. pour ses dépens.
4. Il n'est pas alloué de dépens à Y \_\_\_\_\_.
5. Le présent arrêt est communiqué à X \_\_\_\_\_, à Y \_\_\_\_\_, et, au Département de la sécurité, des institutions et du sport, à Sion.

Sion, le 31 août 2021