

## **FR\_GERICHTE 602 2018 145 vom 26. März 2019**

FR Kantonsgericht, 2019-03-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_602\\_2018\\_145](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2018_145)

FR: FR\_GERICHTE 602 2018 145 du 26 mars 2019

IT: FR\_GERICHTE 602 2018 145 del 26 marzo 2019

### **Regeste**

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Öffentliche Sachen

### **Erwägungen**

#### **E. 12**

mars, respectivement le 22 avril 2009. E. Par arrêté du 27 avril 2010, le Conseil d'Etat a accordé à la SOCOOP la concession d'utilisation du domaine public concernant le port de petite batellerie en limitant la durée de validité de celle-ci au 21 juillet 2018, soit pour la faire coïncider avec la prochaine échéance du droit de superficie. Il a motivé sa décision par le souci de coordonner les termes du droit de superficie et de la concession le plus vite possible. Le Conseil d'Etat a exprimé son intention d'octroyer en 2018 tous les droits nécessaires sur son domaine public et privé dans ce secteur à un unique concessionnaire/bénéficiaire, idéalement à une collectivité publique; ceci sous réserve d'une telle demande et de la procédure y relative. Le 27 avril 2010 également, le Conseil d'Etat a rejeté la demande de concession de la commune et son opposition à la demande de concession de la SOCOOP. Il a indiqué que, compte tenu de l'existence du droit de superficie dont bénéficie cette dernière, il n'était pas judicieux d'octroyer immédiatement la concession à la commune, notamment au vu des relations tendues entre les parties. A son avis, une utilisation rationnelle du domaine public ne pouvait être assurée que si l'ayant-droit pour l'utilisation des surfaces lacustres et terrestres était la même personne. Or, octroyer la concession à la commune reviendrait à imposer une collaboration entre la SOCOOP et la commune, de sorte que, dans ces circonstances, une bonne gestion du port ne pouvait pas être assurée. Il y avait lieu dès lors d'accorder une nouvelle concession à la concessionnaire actuelle, également au bénéfice du droit de superficie, étant entendu que la durée de ces droits était limitée au 21 juillet 2018 et que l'objectif était d'attribuer l'ensemble des droits nécessaires à l'exploitation du port en 2018, à un unique concessionnaire/bénéficiaire. La SOCOOP a contesté l'arrêté du Conseil d'Etat du 27 avril 2010 devant le Tribunal cantonal, lequel a rejeté le recours par arrêt du 15 octobre 2010 (602 2010 38). F. Par lettre du 7 octobre 2017, la DAEC a informé la commune et la concessionnaire actuelle que les demandes en vue de la future concession devaient être déposées jusqu'au 2 février 2018, en tenant compte d'un cahier des charges qu'elle leur a transmis. La Commune d'Estavayer et la SOCOOP ont déposé de telles demandes. Lors de sa séance du 4 septembre 2018, le Conseil d'Etat a confirmé sa volonté de lier les deux décisions de renouvellement (concession pour l'exploitation du port de plaisance et droit de superficie érigé en droit distinct et permanent pour l'utilisation du domaine privé de l'Etat). Le 17 septembre 2018, la DAEC a prolongé de manière provisoire la concession, arrivée à échéance le 21 juillet 2018, jusqu'à droit connu sur l'issue de la procédure de réattribution. Par une information publiée sur son site internet (cf. [www.fr.ch](http://www.fr.ch), Energie, agriculture et

environnement, Eau, Concession d'exploitation du port d'Estavayer: le Conseil d'Etat porte son choix sur la proposition de la commune), la DAEC a indiqué avoir procédé à un examen comparatif des deux dossiers. Elle a exposé que celui-ci n'avait pas permis de déceler un avantage significatif et décisif du demandeur privé pour déroger à la condition de l'art. 24 al. 1 de la loi fribourgeoise du

Tribunal cantonal TC Page 4 de 7 4 février 1972 sur le domaine public (LDP; RSF 750.1), qui prévoit que les collectivités publiques ont en principe la priorité sur les autres requérants. Sur ce constat, la demande de concession de la Commune d'Estavayer a été mise à l'enquête publique dans la Feuille officielle (FO) n° 45 du 9 novembre 2018 pour la durée d'un mois. G. Le 10 décembre 2018, la SOCOOP a recouru auprès du Tribunal cantonal contre la décision de la DAEC "refusant sa demande de renouvellement de la concession pour l'exploitation du port de plaisance et mettant à l'enquête publique le dossier de la commune d'Estavayer". Elle conclut à l'annulation de la décision "de mettre à l'enquête la demande de concession de la Commune d'Estavayer pour le renouvellement de la concession pour l'exploitation du port", à l'annulation de la décision "d'écarter le dossier de demande de concession de la Société coopérative Port de plaisance (SOCOOP) pour le renouvellement de la concession pour l'exploitation du port" et à la mise à l'enquête publique du dossier de sa demande de concession. A l'appui de ses conclusions, la recourante indique que, par la mise à l'enquête du projet communal, la DAEC a implicitement refusé sa demande tendant à la prolongation de la concession dont elle bénéficiait jusqu'à présent et qu'elle exerçait sans faille. Du point de vue formel, elle fait valoir l'absence d'une décision motivée expliquant le choix de la DAEC. Sur le fond, elle soutient que son dossier est de meilleure qualité que celui de la commune qui comporte d'importantes lacunes. Selon la recourante, la décision de la DAEC viole non seulement la concession initiale mais également les principes de la proportionnalité, de l'égalité de traitement et la liberté économique notamment. H. Dans ses observations du 7 février 2019, la commune conclut à l'irrecevabilité du recours. Selon elle, la concession étant un acte mixte, elle ne constitue pas une décision unilatérale sujette à recours. Elle soutient par ailleurs qu'une procédure spécifique en matière de concession est prévue aux art. 21 ss LDP, selon laquelle la procédure d'opposition est ouverte avant celle de recours. Sur le fond, elle rejette les critiques relatives à la qualité de son dossier et conclut subsidiairement au rejet du recours. Le 8 février 2019, la DAEC propose l'irrecevabilité du recours. Elle relève que la recourante s'est opposée – auprès de la DAEC – à la mise à l'enquête du projet communal le 10 décembre 2018. Elle indique que, conformément à la procédure prévue par la LDP (art. 26 LDP), elle statuera sur les oppositions et sur la demande de concession. Elle souligne que la SOCOOP aura par la suite l'occasion de recourir contre cette décision auprès du Tribunal cantonal, conformément au code fribourgeois du 23 mai 1991 de juridiction et de procédure administrative (CPJA, RSF 150.1). La recourante s'est encore déterminée le 22 mars 2019.

Tribunal cantonal TC Page 5 de 7 en droit 1. 1.1. L'Etat est propriétaire au titre du domaine public cantonal des choses destinées par nature à l'usage commun, en particulier des eaux publiques (art. 3 al. 1 ch. 2 LDP), dont font partie les lacs naturels (art. 4 al. 1 let. a LDP) et les rives ou grèves des lacs (art. 12 al. 1 LDP). Selon l'art. 7 al. 1 et 2 LDP, le domaine public est inaliénable, mais peut être grevé de droits réels limités, tels que droits de superficie et servitudes. 1.2. Selon l'art. 20 LDP, l'usage privatif d'une chose du domaine public consiste en son utilisation exclusive et durable (al. 1). Il est soumis à concession (al.

2), octroyée par la Direction responsable du domaine public cantonal concerné (art. 21 al. 1 LDP). La concession est un acte juridique par lequel l'autorité (le concédant) confère à une personne morale ou physique (le concessionnaire) le droit d'exercer une activité dans un domaine juridiquement réservé à la collectivité publique, autrement dit faisant l'objet d'un monopole étatique de droit ou de fait ou entrant dans les tâches de l'Etat (cf. DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n. 1416 ss p. 501 s.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7e éd., 2016, n. 2718 p. 617; MOOR, Droit administratif, vol. III, 1992, ch. 3.2.1.1 p. 120; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2e éd., 2011, n. 38 p. 296; TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 1029 p. 351). La concession revêt ainsi, d'une part, une certaine stabilité, dont le fondement réside dans sa nature partiellement bilatérale, par opposition à la décision d'autorisation exclusivement unilatérale; d'autre part, elle vise des activités sur lesquelles la collectivité publique dispose d'un monopole (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, n. 2720 p. 618; MOOR, ch. 3.2.1.1 p. 120; ATF 132 II 485 consid. 9.5; 80 I 239 consid. 3). 1.3. En application de l'art. 23 al. 1 LDP, la demande de concession est mise à l'enquête publique durant trente jours par publication dans la Feuille officielle et par dépôt au secrétariat communal. Selon les art. 24 et 26 LDP, l'autorité statue sur la demande et les oppositions. 2. 2.1. En application de l'art. 113 CPJA – et sous réserve des règles relatives aux recours pour déni de justice –, seules les décisions sont sujettes à recours. D'après l'art. 4 CPJA, sont des décisions les mesures de caractère obligatoire prises dans un cas d'espèce en application du droit public et qui ont pour objet: a) de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations; b) de constater l'existence, l'inexistence ou le contenu de droits ou d'obligations; c) de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (al. 1). Sont aussi des décisions les décisions incidentes, les mesures relatives à l'exécution, les décisions prises sur recours ou sur action ainsi que les décisions rendues à la suite des procédures particulières prévues aux art. 103 à 112 CPJA (al. 2). 2.2. En l'espèce, la recourante, qui a sollicité le renouvellement de sa concession, est sans aucun doute touchée par le choix du concédant de vouloir accorder celle-ci à la Commune d'Estavayer.

Tribunal cantonal TC Page 6 de 7 Il faut partant admettre qu'elle dispose sur le principe d'un intérêt digne de protection à pouvoir s'adresser à un tribunal afin de faire contrôler si c'est à juste titre que sa demande de concession n'a pas été retenue. Vu que l'offre de sa concurrente a été mise à l'enquête publique, il est compréhensible que la recourante en ait déduit que le sort de sa propre demande est scellé. Cela étant, l'autorité intimée a explicitement indiqué, dans sa lettre du 9 octobre 2017, qu'il lui revenait de choisir parmi les deux demandes celle qui sera à l'arrivée retenue en vue de sa mise à l'enquête. Elle a précisé que cette sélection impliquait "que le candidat qui n'aura pas été retenu pourra faire valoir ses droits en s'opposant lors de l'enquête publique comme le prescrit la loi cantonale sur le domaine public", à savoir conformément à la procédure prévue aux art. 21 ss LDP. A ce stade, la décision pouvant faire l'objet du recours au Tribunal cantonal fait ainsi défaut. Partant, faute de décision à contester, le recours – prématuré – est ainsi irrecevable. Il y a cependant lieu de relever que, dans la mesure où la recourante a formellement déposé une demande de renouvellement de la concession, elle a droit à ce que cette demande fasse l'objet d'une décision formelle. Dans ce contexte, on peut encore rappeler le contenu de l'art. 57 CPJA selon lequel les parties ont le droit d'être entendues avant qu'une décision ne soit prise à leur encontre. Par ailleurs, le droit d'être entendu des parties comporte l'obligation

pour l'autorité de motiver les décisions. Il peut finalement être renvoyé à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui, sous certaines conditions, oblige le concédant à respecter également quelques règles relatives aux marchés publics (cf. ATF 143 II 598 consid. 4). Il incombera à l'autorité d'examiner la demande de la recourante à la lumière des principes évoqués ci-dessus. En l'occurrence, on peut finalement se demander s'il n'eût pas été préférable de statuer sur la non- prolongation de la concession par une décision formelle séparée avant de mettre à l'enquête le projet du concurrent. En effet, si, à la fin de la procédure de la mise à l'enquête ou d'une éventuelle procédure de recours, le choix se porte sur le projet de la SOCOOP, l'autorité devra alors procéder à une nouvelle mise à l'enquête. 3. Au vu de ce qui précède, le recours est irrecevable. Dès l'instant où l'irrecevabilité du recours est manifeste, il y a lieu de faire application de l'art. 100 al. 1 let. a CPJA et de statuer par prononcé présidentiel. 4. 4.1. Vu l'issue du recours, les frais de procédure doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe, conformément à l'art. 131 CPJA et aux art. 1 et 2 du tarif fribourgeois du

#### **E. 17**

décembre 1991 sur les frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150.12). 4.2. Pour la même raison, il n'est pas alloué d'indemnité de partie à la recourante.

Tribunal cantonal TC Page 7 de 7 En revanche, l'intimée, qui a fait appel aux services d'un avocat pour défendre ses intérêts patrimoniaux, a droit à une indemnité de partie (cf. art. 137 et 139 CPJA). Au vu de la liste de frais produite par le mandataire de l'intimée et corrigée selon le tarif applicable en ce qui concerne le montant des photocopies, l'indemnité de partie est arrêtée à CHF 5'778.85 (honoraires et débours: CHF 5'365.70; TVA 7.7%: CHF 413.15). Elle est mise à la charge de la recourante qui s'en acquittera directement auprès du mandataire de l'intimée (art. 137, 140 et 141 CPJA). décide : I. Le recours est déclaré manifestement irrecevable. II. Les frais de procédure, fixés à CHF 1'000.-, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont prélevés sur l'avance de frais versée, le solde de CHF 3'000.- étant restitué à la recourante. III. Un montant de CHF 5'778.85 (dont CHF 413.15 au titre de la TVA), à verser à Me Stefano Fabbro à titre d'indemnité de partie, est mis à la charge de la recourante. IV. Notification. La présente décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification. La fixation du montant des frais de procédure et de l'indemnité de partie peut, dans le même délai, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, si seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 al. 1 CPJA). Fribourg, le 26 mars 2019/jfr/vth Le Président suppléant : La Greffière-rapporteuse :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.