

# VD\_OMNI MPU.2020.0039 vom 4. März 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-03-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2020.0039](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2020.0039)

FR: VD\_OMNI MPU.2020.0039 du 4 mars 2021

IT: VD\_OMNI MPU.2020.0039 del 4 marzo 2021

## Regeste

A. \_\_\_\_\_ /Entreprise de correction fluviale Petite Glâne et Fossé Neuf, B. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_ | Recours contre la décision de l'autorité chargée de l'entretien de la Petite Glâne attribuant suite à une mise en soumission l'affermage des talus et berges avec obligation de les entretenir. Question laissée indécise de savoir si l'entretien des berges qui font partie du domaine public cantonal est soumis à la législation sur les marchés publics ou uniquement à la LMI dès lors qu'il s'agit d'une concession, les valeurs seuils pour l'application de la LMP-VD n'étant pas atteintes (consid. 3). Pas de violation du large pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée tant s'agissant du fermage proposé que de la prise en compte des critères environnementaux (consid. 4). Recours rejeté.

## Erwägungen

### E. 1

Le Tribunal cantonal examine d'office s'il est compétent pour traiter la cause qui lui est soumise (art. 6 al. 1 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative: LPA-VD; BLV 173.36). a) Aux termes de l'art. 92 al. 1 LPA-VD, le Tribunal cantonal connaît des recours contre les décisions et décisions sur recours rendues par les autorités administratives, lorsque la loi ne prévoit aucune autorité pour en connaître. aa) L'art. 18 de la Convention intercantonale pour l'entretien des corrections de la Glâne et du Fossé Neuf prévoit que dite convention est soumise à ratification des Grands Conseils des deux cantons, ce " qui lui donnera force de loi sur chacun de leur territoire". Il faut donc en déduire que les décisions de la commission intercantonale (ECF) sont sujettes à recours auprès du Tribunal cantonal vaudois (Cour de droit administratif et public; ci-après CDAP) lorsque la décision a trait à des surfaces sises sur le territoire du canton de Vaud, ce qui est le cas en l'espèce (commune de Grandcour). L'autorité de céans est dès lors compétente, pour autant cependant que les actes attaqués puissent être qualifiés de décisions, ce qu'il convient d'examiner maintenant. bb) Définie à l'art. 3 al. 1 LPA-VD, la décision est une mesure prise par une autorité dans un cas d'espèce, en application du droit public, et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits et obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits et obligations (let. b), ou de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits et obligations (let. c). Une décision au sens de l'art. 3 al. 1 let. b ne peut être rendue que si ne peut l'être une décision au sens des let. a et c du même alinéa (art. 3 al. 3 LPA-VD). La notion de décision s'entend d'une mesure prise par une autorité dans un cas d'espèce, en application du droit public. La décision est un acte de souveraineté individuel, qui s'adresse à un particulier, et qui règle de manière obligatoire et contraignante, à titre formateur ou constatatoire, un rapport juridique concret relevant du droit administratif. La décision, acte unilatéral, doit être distinguée des actes bilatéraux, soit des contrats de droit privé ou de

droit administratif. Le caractère bilatéral du contrat de droit administratif présuppose l'autonomie de la volonté des deux parties, au contraire de la décision. Il s'agit ainsi de définir le fondement des droits et obligations résultant de l'acte juridique concerné: soit les prestations dues de part et d'autre sont prédéterminées par la loi, immédiatement ou non, auquel cas il s'agit d'une décision; soit elles ne peuvent être rapportées à une norme, et leur fondement ne pourra être que l'accord de volonté des parties (arrêt CCST.2006.0003 du 27 octobre 2006 consid. 14a; Moor/Poltier, Droit administratif, Vol. II, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2011, ch. 3.1.2.2a p. 424). La forme que les parties ont donnée à la détermination de leur relation peut constituer un indice (par exemple l'existence d'un document signé par les deux parties), qui n'est toutefois pas toujours présent, pas toujours univoque et peut ne pas représenter leur volonté réelle (cf. Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, Genève/Zurich/Bâle 2018, n° 974 p. 341s.; arrêt GE.2015.0124 précité, consid. 1c). Selon la théorie dite des deux niveaux ou de l'acte détachable, la conclusion d'un contrat par une collectivité publique implique deux actes juridiques: le premier, acte unilatéral fondé sur le droit public, constitue la décision prise par l'administration de conclure un contrat, le second est le contrat lui-même; cette théorie fait un acte juridique unilatéral de ce qui, en droit privé, constitue le processus interne de la formation de volonté (cf. Moor/Poltier, op. cit., ch. 3.1.4.1 p. 445ss, spéc. p. 447s.). Cette théorie ne trouve pas de place en l'absence de normes de droit public sur la création et la résiliation de contrats par les collectivités publiques (cf. arrêts TF 1C\_312/2010 du 8 décembre 2010, concernant la location d'une salle de spectacle appartenant au patrimoine administratif, publié in: RDAF 2011 I 48; 4A\_221/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2). b) aa) La législation sur les marchés publics constitue un premier exemple dans lequel le droit positif met en œuvre la théorie des deux niveaux. En substance, celle-ci met en place un dispositif composé de diverses règles de droit public régissant le choix du co-contractant et ce dernier point fait l'objet d'une décision, préalable à la conclusion du contrat, décision susceptible de recours (voir à ce propos Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, pages 5 ss). bb) Il en va de même dans le contexte de la gestion des biens du domaine public; tel est le cas généralement lorsque la collectivité, qui a la maîtrise de ce domaine public, octroie un droit d'usage privatif sur celui-ci, soit une concession. Dans une telle hypothèse en effet, l'on considère que la collectivité publique procède à un transfert du monopole de fait qu'elle détient sur ses biens, ce qui conduit à l'application de l'art.

## **E. 2**

a) Dans le canton de Vaud, les cours d'eau et leurs grèves font partie du domaine public cantonal (art. 64 al. 1 ch. 1 et 2 et 66 du Code de droit privé judiciaire vaudois [CDPJ; BLV 211.02]. Pour le surplus, les aménagements de cours d'eau sont régis par la loi du 3 décembre 1957 sur la police des eaux dépendant du domaine public (LPDP; BLV 721.01; art. 65 al. 1 CDPJ). Cette loi régit en effet les cours d'eau corrigés (art. 2 al. 1 LPDP), à l'image de la Petite Glâne. Les corrections fluviales sont confiées, dans la règle, à des entreprises de correction fluviale (art. 17 ss LPDP), dotées de la personnalité morale (art. 19, spécialement al. 2 LPDP). En régime ordinaire, ces entreprises assument les travaux de correction, puis l'entretien des ouvrages jusqu'à la reconnaissance définitive des travaux (art. 25 al. 1 b LPDP). Au-delà, l'entretien des cours d'eau corrigés incombe au département en charge des eaux publiques (art. 5 al. 1 a LPDP). Cependant, la convention intercantonale précitée attribue cette tâche, par dérogation, à l'ECF/Commission intercantonale intimée. Dans le cadre de la mise en soumission ici en cause, l'ECF procède à une sélection des exploitants susceptibles de se voir déléguer cette tâche. b) Les surfaces

correspondant aux lots n os 8 et 9, objets des adjudications contestées, relèvent du domaine public des eaux; il s'agit en effet des berges de la Petite Glâne, qui figurent d'ailleurs au registre foncier à ce titre. Les décisions attaquées accordent une autorisation d'usage de ces surfaces du domaine public. De telles autorisations relèvent à priori de la loi du 5 septembre 1944 sur l'utilisation des lacs et cours d'eau dépendant du domaine public (LLC; BLV 731.01). Il reste que ce texte évoque principalement les utilisations des eaux elles-mêmes, notamment pour la force hydraulique; il ne mentionne pas l'utilisation des sols, voisins des lacs et cours d'eau et attribués au domaine public des eaux (voir cependant le tarif du 18 septembre 1983 pour les concessions et autorisations d'utilisation des eaux publiques à d'autres usages que la forme motrice, BLV 721.07.1 : l'art. 1 let. C/a de ce texte parle toutefois des plages et établissements de bains, surfaces exondées; il est perçu une taxe au mètre carré pour l'utilisation de ces surfaces). Quoi qu'il en soit, il ne paraît pas douteux que les règles de la LLC soient applicables, à tout le moins par analogie, à l'utilisation du domaine public des eaux, même s'il s'agit, non des eaux elles-mêmes, mais du sol adjacent à un cours d'eau corrigé; en d'autres termes, l'octroi de l'usage privatif des talus et berges de la Petite Glâne pour une durée de 8 ans doit faire l'objet d'une concession domaniale, préalablement à la conclusion d'un éventuel bail à ferme.

### **E. 3**

Dans le cas d'espèce, l'autorité intimée entend tout à la fois accorder un droit d'usage privatif sur les berges de la Petite Glâne au bénéficiaire de ses décisions et, simultanément, obtenir de ces derniers des prestations, portant en l'occurrence sur l'entretien de ces berges. Il est vrai que les prestations attendues des bénéficiaires pourraient a priori faire l'objet d'un marché public. Mais cette affirmation n'est pas évidente : le bail à loyer et le bail à ferme sont, au premier chef, des contrats d'aliénation, même s'ils comportent une obligation d'entretien de la chose louée à charge du locataire (voir p. ex. art. 284 CO); la prestation caractéristique pèse ainsi sur le bailleur et non sur le locataire. Or, lorsqu'il y a un marché public et donc acquisition de biens ou de services par les pouvoirs publics, la prestation caractéristique incombe au soumissionnaire et non à l'entité étatique (voir à ce propos Martin Beyeler, Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen, in Boillet/Favre/Martenet, Le droit public en mouvement, Mélanges E. Poltier, Zurich 2020, p. 469 ss, spéc. 479 ss). On devrait donc plutôt exclure la présence d'un marché public, puisque la relation en cause prend la forme, non d'une acquisition de prestations, mais celle d'un acte ou d'un contrat d'aliénation. La question peut toutefois demeurer ouverte ; à supposer que le droit des marchés publics soit applicable malgré ces réserves, il faudrait en effet constater que la valeur estimée du marché en cause est largement inférieure aux valeurs seuils, même s'agissant de marchés non soumis aux traités internationaux. Une procédure de gré à gré est en effet possible dans tous les cas où, en matière de services, la valeur estimée du marché est inférieure à 150'000 fr (art. 5 al. 1 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics et son renvoi aux tableaux des valeurs-seuils annexés à l'accord intercantonal sur les marchés publics, respectivement BLV 726.1 et 726.9). En l'espèce, chacun des lots représente une valeur qui ne dépasse guère 5'000 fr. b) Dans une telle configuration, il n'est de toute manière guère possible de faire abstraction des exigences découlant de l'art. 2 al. 7 LMI. Dès lors, même si la législation sur les marchés publics n'exige pas de mise en concurrence, tel est bien le cas en application de l'art. 2 al. 7 LMI. Au demeurant, l'appel d'offres du 10 juillet 2020, pas plus que le dossier d'appel d'offres, n'indiquaient que la procédure était soumise à la législation sur les marchés publics ; il faut en déduire qu'elle visait, non à appliquer cette législation,

mais la procédure prévue à l'art. 2 al. 7 LMI, ce qui apparaît conforme au droit. c) On relèvera encore que les qualifications retenues dans le dossier d'appel d'offres ne sont pas déterminantes. Ainsi, la présence au dossier d'un projet de contrat de bail à ferme n'est pas décisive; en effet, même si l'exploitation envisagée peut entrer dans le cadre d'un tel contrat, il n'en reste pas moins que le "locataire" doit se voir attribuer au préalable un droit d'usage privatif des berges de la Petite Glâne, soit une concession. L'on se trouve dès lors en présence d'une décision, prise en application des art. 2 al. 7 et 9 LMI, de sorte que les pourvois sont recevables (dans le même sens Beyeler, op. cit., p. 484 ss, à propos il est vrai du domaine public artificiel).

#### **E. 4**

Sur le fond, les recourants critiquent tout d'abord le découpage des lots retenus dans le cadre de la soumission ici en cause; de même, ils déplorent que plusieurs lots soient attribués au même bénéficiaire, ce qui conduit à une forme d'"accaparement" de ces surfaces. Ils s'en prennent ensuite aux critères retenus et plus particulièrement aux points attribués à chacun d'eux. a) A titre préliminaire, il faut observer que l'autorité compétente (ici l'ECF) définit librement ses besoins et les prestations qu'elle attend pour y satisfaire; il convient toutefois qu'elle ne définisse pas les contours du marché de manière à favoriser tel ou tel concurrent. Dans le cas d'espèce, l'on ne voit pas que la délimitation de lots plus étendus que par le passé soit de nature à préféter tel exploitant par rapport à tel autre, de sorte que ce premier grief doit être rejeté. De même, rien n'empêche l'autorité intimée d'attribuer plusieurs lots au même bénéficiaire; la communauté recourante elle-même a demandé l'attribution de plusieurs lots et, dans son recours, elle prend elle-même des conclusions tendant à l'attribution des lots 8 et 9. Là encore, on ne voit pas que les décisions attaquées soient viciées pour ce motif. b) S'agissant des critères mis en place pour évaluer les différentes offres, il faut d'emblée souligner que l'autorité, lorsque le marché doit être qualifié de concession, dispose d'une marge de manœuvre plus étendue que dans le domaine des marchés publics (sur cette marge de manœuvre, voir notamment ATF 143 II 120, consid. 4 ss, spéc. 6.4.2). Il apparaît ainsi, de manière générale, que l'ECF n'a pas outrepassé la liberté de manœuvre dont elle dispose. Il convient néanmoins de s'attarder brièvement à quelques griefs plus précis formulés par la communauté recourante. aa) En matière agricole, en effet, le législateur fédéral a adopté des règles visant à encadrer le marché des baux à ferme, pour éviter une explosion des prix (loi fédérale du 4 octobre 1985 sur le bail à ferme agricole ; LBFA; RS 221.2132); or, le montant du fermage proposé par un soumissionnaire dans le cadre du présent appel d'offres est d'autant mieux noté qu'il est élevé, ce qui, suivant la recourante, va en sens contraire des objectifs poursuivis par cette loi. De surcroît, le critère du prix pèse pour 50 % dans la note attribuée à chaque soumissionnaire, ce qui serait excessif à ses yeux. A cet égard, il faut observer tout d'abord que la LBFA n'est applicable qu'à des immeubles affectés à l'agriculture, voire à des entreprises agricoles. Or, les surfaces en cause font partie du domaine public des eaux et ne peuvent pas être considérées comme affectées à l'agriculture. Les berges de la Petite Glâne, en effet, constituent au premier chef un élément de l'ouvrage de correction, dont la vocation première est celle de lutte contre les crues. Cela exclut l'application de la LBFA (et de la procédure prévue à l'art. 43 LBFA). Par surabondance, on signale que la Direction générale de l'agriculture, de la viticulture et des affaires vétérinaires du canton de Vaud a publié un document intitulé " Fermages indicatifs du sol "; les chiffres mentionnés dans ce document ne sont nullement incompatibles avec ceux offerts par les adjudicataires. Ainsi, pour le lot 8, ces derniers ont offert un prix de 455 fr, pour une surface de 0,7 hectares, respectivement

520 fr pour le lot 9, d'une surface de 0.8 hectares. Or, il résulte du document précité que dans la région du pied du Jura jusqu'à 600 mètres, le fermage à l'hectare pour les prairies naturelles s'échelonne entre 550 fr (fermage moyen) et 750 fr (fermage maximal). Les fermages proposés par les adjudicataires n'apparaissent donc pas exorbitants. bb) La communauté recourante soutient par ailleurs que le poids des critères environnementaux, tel que fixé par les conditions de l'appel d'offres, est trop faible et qu'il aurait été plus adéquat de prendre mieux en compte la distance très faible entre l'exploitation de la recourante et les lots à attribuer. Dans le domaine des marchés publics, le critère de la distance à parcourir pour fournir la prestation apparaît le plus souvent comme discriminatoire; il pénalise en effet les prestataires externes par rapport à ceux du lieu (Poltier, op. cit., p. 205 ss). Au demeurant, ce critère a été pris en compte — ce qui apparaît comme admissible en présence de concessions domaniales — et il a avantage dans une mesure non négligeable la notation de la communauté recourante, certes sans que celle-ci ne l'emporte. Il reste que le choix retenu paraît justifié; on ne saurait en tous les cas retenir que l'autorité intimée a ici abusé de la liberté d'appréciation qui était la sienne.

#### **E. 5**

Il découle des considérations qui précèdent que le recours doit être rejeté, tant s'agissant du lot n° 8 que du lot n° 9. Les frais de la cause doivent ainsi être mis à la charge de la communauté recourante, qui succombe (art. 49 LPA-VD); l'émolument, qui concerne les deux lots contestés, peut être arrêté globalement à 1000 fr.

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