

VS_GERICHTE A1 21 89 vom 31. August 2021

VS Kantonsgericht, 2021-08-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 21 89](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_21_89)

FR: VS_GERICHTE A1 21 89 du 31 août 2021

IT: VS_GERICHTE A1 21 89 del 31 agosto 2021

Regeste

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

Erwägungen

E. 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).

- 6 - 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, 2e 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

- 7 - 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 céans 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

- 8 - 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).

- 9 - 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).

- 10 -

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