

VS_GERICHTE A1 21 90 vom 8. September 2021

VS Kantonsgericht, 2021-09-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 21 90](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_21_90)

FR: VS_GERICHTE A1 21 90 du 8 septembre 2021

IT: VS_GERICHTE A1 21 90 del 8 settembre 2021

Regeste

A1 21 90 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 V _____, W _____, recourants 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

Erwägungen

E. 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 42 LcPê, ce que les recourants contestent (cf. infra consid. 2). 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 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 5 mai 2021 contre la ■décision d'adjudication■ du 22 avril 2021, expédiée le 26 avril 2021 et reçue au plus tôt le lendemain, le recours intervient dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 15 al. 4, 80 let. b et 46 LPJA). En outre, sur le vu des griefs formulés, on ne peut pas exclure, en cas d'admission de ceux-ci, que les recourants, passeraient au premier rang. La qualité pour recourir doit dès lors leur 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.

- 5 - 2. Les recourants reprochent au DMTE d'avoir violé l'article 2 al. 2 LcPê. A les suivre, la procédure d'adjudication de l'article 42 LcPê ne s'appliquerait pas au lac de B _____ supérieur, aménagé artificiellement et alimenté par une source qui ne prête aucun accès naturel aux poissons. 2.1 Aux termes de l'article 2 LcPê, la présente loi s'applique aux eaux publiques et privées (al. 1). Les piscicultures et les eaux aménagées artificiellement dans lesquelles les poissons et les écrevisses ne peuvent pas pénétrer naturellement sont soumises uniquement aux articles 13, 36 et 67. Pour les piscicultures, sont en outre applicables les dispositions du chapitre V. La version allemande précise qu'il s'agit d'eaux privées aménagées artificiellement (« künstlich angelegte private Gewässer »). Cette distinction n'a pas donné lieu à débat lors de l'adoption de cette disposition (cf. Bulletin de séance du Grand Conseil [BSGC], Session ordinaire de mai 1996, p. 609). En outre, la faculté de soustraire à la procédure d'adjudication des articles 37ss LcPê les eaux privées aménagées artificiellement, dans lesquelles les poissons et les écrevisses ne peuvent pas pénétrer naturellement, se recoupe avec l'article 27 LcPê a contrario aux termes duquel la régle de la pêche ne s'étend pas aux eaux privées dans lesquelles les poissons d'eau publiques ne peuvent pas pénétrer naturellement. Il s'ensuit que l'article 2 al. 2 LcPê vise uniquement les eaux privées aménagées artificiellement, dans lesquelles les poissons et les écrevisses ne peuvent pas pénétrer naturellement, sans englober les eaux publiques. 2.2 En l'espèce, les recourants soutiennent, de manière toute générale, que le plan d'eau litigieux devrait être soustrait à la procédure d'adjudication car « à l'origine, le lac n'en était pas un et ne constituait qu'une simple étendue vaguement marécageuse ». Cette assertion, qui ne repose au demeurant sur aucune pièce au dossier, n'emporte pas la conviction de la Cour. En effet, les recourants ne remettent pas en cause le fait que le lac de B _____ supérieur est un lac de montagne, alimenté exclusivement par le ruissellement des eaux publiques, ce qui ressort d'ailleurs des informations figurant sur la carte interactive « piscicole » du canton du Valais, ainsi que sur la « carte de pêche du canton du Valais 2019-2023 ». Par conséquent, l'article 2 al. 2 LcPê ne trouve pas application au présent cas et, dans la mesure où le lac de B _____ supérieur ne constitue pas un plan d'eau de la nappe phréatique (gouille), ni un canal, le DMTE, respectivement le DSIS, pouvaient valablement retenir que la procédure d'adjudication de l'article 42 LcPê s'appliquait ici. Le grief est dès lors rejeté.

- 6 - 3. Les recourants se prévalent ensuite d'une violation de l'article 42 LcPê. A les suivre, il leur était loisible, en qualité d'anciens fermiers, de présenter une offre complémentaire équivalente à l'offre la plus favorable. 3.1.1 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). 3.1.2 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, 3e 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, 2e éd., 2018, n. 429, p. 146 s.). 3.2 En l'espèce, les recourants soutiennent que, même si la possibilité d'alignement ne figure pas expressément à l'article 42 al. 2 LcPê, elle ne s'en trouve pour autant pas exclue. Ce raisonnement ne convainc pas. Les intéressés n'indiquent 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

- 7 - termes duquel le précédent fermier peut présenter une offre complémentaire équivalente, démontre que cette possibilité n'est pas prévue par le régime ordinaire. Le DMTE pouvait dès lors valablement écarter l'offre d'alignement présentée par les recourants, le

E. 30

novembre 2020, pour déterminer l'offre la plus favorable. En outre, le fait que le DMTE se soit faussement fondé, en 2010, sur l'article 45 al. 2 LcPê n'est d'aucun secours aux recourants vu qu'ils ne prétendent pas, à juste titre, que le plan d'eau n° xxx constituerait une gouille au sens de cette disposition. Enfin, les recourants ne soutiennent pas que le montant présenté par l'adjudicataire (440 fr./an) serait manifestement disproportionné (art. 42 al. 3 LcPê). Au vu de ce qui précède, le grief tiré de la violation de l'article 42 LcPê doit être intégralement rejeté. 4. Les recourants invoquent une violation de l'article 25 al. 2 de la loi du 19 novembre 2010 sur le personnel de l'Etat du Valais (LcPers ; RS/VS 172.2). A les suivre, X _____, Y _____ et Z _____, en qualité de gardes-pêche auxiliaires, n'étaient pas en droit de soumissionner et auraient, de surcroît, bénéficié d'avantages indus liés à leur statut. Ils soutiennent qu'il existerait également un conflit d'intérêts entre l'attribution du marché litigieux à un garde-pêche auxiliaire et le statut de ce dernier vu qu'il serait difficilement envisageable de procéder à la surveillance (même auxiliaire) des plans d'eau pour lesquels les intérêts personnels et économiques de l'adjudicataire seraient manifestes. 4.1.1 On peut lire à l'article 2 al. 1 LcPers que cette loi régit, sous réserve des dispositions spéciales, le statut de toutes les personnes engagées par l'administration cantonale et les établissements de l'Etat, ainsi que du personnel administratif engagé par les tribunaux et par le ministère public. Est considérée comme employé la personne engagée sous rapports de droit public pour une durée indéterminée ou déterminée, rémunérée mensuellement, à l'heure, ou non rémunérée, par l'autorité d'engagement compétente (art. 13 al. 1 LcPers). L'article 25 LcPers intitulé « dons ou autres avantages » stipule qu'il est interdit à l'employé de solliciter, d'accepter ou de se faire promettre, pour lui ou pour autrui, en raison de sa situation officielle, des dons ou d'autres avantages (al. 1). Il lui est

par ailleurs interdit de participer de manière directe ou indirecte aux fournitures, soumissions ou ouvrages qui intéressent l'Etat du Valais ou ses établissements (al. 2). Demeurent réservés les avantages et les prestations liés à l'appartenance à une association de personnel (al. 3).

- 8 - 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, X _____, Y _____ et Z _____ occupent la fonction de gardes-pêche auxiliaires à titre bénévole. Leur compétence est limitée au contrôle de la pêche et ils ne semblent pas avoir été engagés sous rapports de droit public pour une durée indéterminée ou déterminée. Par conséquent, il paraît a priori douteux qu'ils puissent être considérés comme étant des employés au sens de l'article 13 al. 1 LPers et que l'article 25 al. 2 LPers leur soit applicable. Cette question peut toutefois souffrir de rester indécise. En effet, 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, les recourants ont été informés de l'identité des autres soumissionnaires. Pour autant, ils n'ont pas requis leur exclusion vu qu'ils se sont contentés de relever que ces personnes, en leur qualité de gardes-pêche auxiliaires, étaient « au courant et informé[s] ». Dans ces circonstances, les recourants sont forclos à s'en plaindre à ce stade. En outre, X _____, Y _____ et Z _____ ont soumissionné, à titre privé, et aucune pièce au dossier ne permet de retenir, comme le souhaiteraient les recourants, qu'ils auraient bénéficié d'avantages indus dans le cadre de la procédure d'adjudication, ce que le DSIS a confirmé dans ses observations du 29 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

- 9 - égale. S'agissant du montant du précédent affermage, les recourants ne contestent 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 d'eux-mêmes en qualité d'anciens fermiers du plan d'eau affermé. L'on cherche dès lors en vain son influence sur la procédure litigieuse. 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 trois soumissionnaires précités dans la mesure où leurs offres respectives ne s'éloignent pas sensiblement du prix de base requis par l'Etat. Les recourants n'amènent aucun élément concret permettant d'arriver à la conclusion inverse. Ils ne soutiennent pas

davantage que le prix offert par l'adjudicataire (440 fr./an) serait surfait, soit supérieur à ce qui aurait dû résulter d'une concurrence normale. Partant, le grief y relatif doit être rejeté. Enfin, le prétendu conflit d'intérêts invoqué par les recourants ne permet pas de conduire à l'exclusion des soumissionnaires. D'une part, le cahier des charges de l'appel d'offres, resté inattaqué, ne prévoit rien quant aux qualités que doit renfermer le futur fermier pour exploiter la régle piscicole. A cet égard, la LcPê précise uniquement que l'exercice de la pêche se fait sous la responsabilité de la personne qui s'y adonne (art. 28 al. 3 LcPê), ce qui n'exclut pas la possibilité pour un garde-pêche auxiliaire d'exercer un droit de pêche. D'autre part, il n'est pas à douter que le garde professionnel continuera à exercer la surveillance sur ce plan d'eau. Dans ces circonstances, le grief est rejeté. 5. Dans un dernier grief, les recourants reprochent à l'autorité attaquée d'avoir attribué un droit de pêche à une personne qui entend « lancer une pratique commerciale ■guidée■ de la pêche à grande échelle », ce qui se heurterait aux volontés de préservation du site. 5.1 Conformément à la maxime inquisitoire, l'autorité doit constater les faits d'office, sans être limitée par les allégations et les offres de preuve des parties (art. 56 al. 1 et 17 al. 1 LPJA). Ce principe est toutefois contrebalancé par le devoir de collaboration des parties (art. 56 al. 1 et 18 al. 1 let. a LPJA), qui sont tenues de participer à la constatation des faits dans une procédure qu'elles introduisent elles-mêmes (arrêt du Tribunal fédéral 1C_205/2012 du 6 novembre 2012 consid. 2.1 ; ACDP A1 17 155 du 20 avril 2018 consid. 2.1). Ce devoir porte avant tout sur les faits que les parties connaissent mieux que les autorités et que ces dernières ne pourraient, sans la collaboration des parties, pas du tout ou seulement avec des efforts disproportionnés établir elles-mêmes (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; Thierry Tanquerel, op. cit., n. 1560, p. 528 ; v. aussi Benoît Bovay, Procédure administrative, 2e éd. 2015, p. 227). Cela étant, lorsque les preuves font défaut, ou si l'on ne peut exiger de l'autorité qu'elle les recueille, la règle de l'article 8 CC est

- 10 - applicable : celui qui prétend tirer un droit de l'existence d'un fait, subit les conséquences de l'absence de preuve à cet égard (Thierry Tanquerel, op. cit., n. 1563, p. 528). 5.2 En l'espèce, c'est à bon droit que le DSIS indique que les considérations des recourants 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 les recourants, ce que ces derniers ne font pas valoir. Cela étant, les intéressés se contentent d'affirmer de manière toute générale que l'adjudicataire souhaiterait promouvoir « un tourisme de masse ». Pour autant, les recourants n'amènent aucun élément concret permettant de confirmer cette hypothèse – contestée par l'adjudicataire – quand bien même le fardeau de la preuve leur incombait à cet égard. 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 aux recourants de l'attaquer, dans les dix jours (art. 15 al. 1bis let. a et 2 AIMP). Faute d'avoir procédé de la sorte, les recourants ne sauraient s'en plaindre maintenant. Enfin, le fait que le lac de C _____, étranger à la présente procédure, soit classé en « zone réserve » n'a, contrairement à ce que pensent les recourants, aucun impact sur le lac de B _____ supérieur, qui ne rentre pas dans cette catégorie. Mal fondé, le grief doit être rejeté. 6. Dans un dernier grief, les recourants relèvent qu'une erreur s'est glissée dans le dispositif de la décision attaquée puisque celle-ci attribue le droit de pêche à Y _____ pour la somme de 480 fr./an. Cette dernière est toutefois sans conséquence sur l'issue du litige. En effet, interpellé à ce sujet, le DSIS a rappelé qu'il ne s'agissait que d'une « malheureuse coquille

», ce qui ressort d'ailleurs de la décision attaquée. C'est à bon droit que l'autorité attaquée a retenu, lors de l'établissement des faits, que Y _____ avait présenté une offre de 440 fr./an et que tant Z _____ que X _____ avaient retiré leurs offres (510 fr./an et 480 fr./an). Par conséquent, l'offre la plus favorable était celle du premier nommé à 440 fr., ce que les pièces au dossier confirment. Ainsi, même si le dispositif retient, à tort, la somme annuelle de 480 fr., la lecture de la décision attaquée permet de retenir que le marché litigieux a été attribué à Y _____ pour 440 fr./an (art. 64 al. 3 LPJA p.a.). Le grief est dès lors rejeté. 7.1 Attendu ce qui précède, le recours doit être rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).

- 11 - 7.2 V _____ et W _____ supporteront, solidairement entre eux, les frais de justice (art. 88 al. 2 et 89 al. 1 LPJA), sans allocation de dépens (art. 91 al. 1 a contrario LPJA). 7.3 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. 7.4 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, V _____ et W _____, verseront, solidairement entre eux, 10 francs, à X _____, Y _____ et Z _____.

- 12 -