

La  
contractualisation  
en droit public

Edité par

Véronique Boillet, Anne-Christine Favre,  
Thierry Largey et Vincent Martenet

## La contractualisation en droit public



# La contractualisation en droit public

Édité par  
Véronique Boillet, Anne-Christine Favre,  
Thierry Largey et Vincent Martenet

Citation suggérée: VÉRONIQUE BOILLET / ANNE-CHRISTINE FAVRE / THIERRY LARGEY / VINCENT MARTENET (éds), *La contractualisation en droit public*, collection «Pratique du droit administratif», Genève/Zurich 2021, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8777-3

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2021  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France: LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense,  
92044 Paris La Défense  
[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,  
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;  
courriel: [patrimoine@telenet.be](mailto:patrimoine@telenet.be)

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

# Sommaire

ANNE-CHRISTINE FAVRE	La contractualisation en droit public	7
THIERRY TANQUEREL	Au-delà des apparences: le contrat de droit public est-il vraiment bilatéral? .....	19
DAVID RENDERS/ AURORE PERCY	La contractualisation en droit administratif belge: entre gris clair et gris foncé .....	45
ULRICH STELKENS	Le droit allemand des contrats administratifs: aspects choisis .....	67
ANTONY TAILLEFAIT	Perturbations dans les droits contractuel et statutaire de la fonction publique en Europe .....	89
JÉRÔME CANDRIAN	La double pertinence du principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats de travail conclus par la Confédération: impératif contractuel et impératif de l'Etat de droit .....	109

Sommaire

BENOÎT BOVAY /  
PAULINE MONOD

Les conventions de droits à bâtir ..... 139

THIERRY LARGEY

La place du contrat dans le domaine  
de l'approvisionnement en électricité,  
en droit suisse ..... 175

# La contractualisation en droit public

ANNE-CHRISTINE FAVRE

*Professeure de l'Université de Lausanne*

## I. Introduction

Le thème de la vingt-deuxième journée de droit administratif, qui s'est tenue à Lausanne en février 2020, fait écho à celui de la troisième journée de droit administratif, organisée en l'an 2000 et consacrée aux contrats de prestation. On relevait à l'époque que, par un effet de mode, cet instrument placé au centre des débats de la réforme de l'Etat restait mal connu.

Vingt ans plus tard, le thème est plus que jamais d'actualité. Le contrat de droit public n'est plus un effet de mode; il est devenu une figure incontournable des relations de l'Etat avec ses agents ou les administrés. Nous avons d'ailleurs choisi de l'embrasser dans la perspective plus large qui est celle de la « contractualisation » en droit public, c'est-à-dire de la tendance à recourir au contrat sous ses formes les plus diverses dans la gestion des activités de l'administration, processus accéléré avec la décentralisation et l'externalisation des tâches.

Pour qui cherche à l'approcher, le contrat de droit public reste une boîte noire qui nous invite constamment à des questions de délimitation: quelle est la place du contrat par rapport aux actes unilatéraux; quelles sont ses caractéristiques, son objet; et en fin de compte, quelles sont les conséquences de la qualification d'un contrat relevant du droit public, que ce soit au regard du régime qui lui est applicable ou de son contentieux?

A mi-chemin entre la décision et le contrat de droit privé, le contrat de droit public revêt un caractère hybride: il emprunte au contrat de droit privé les éléments principaux d'un contrat, mais il restreint très fortement le principe de la liberté contractuelle, par l'obligation pour l'administration de respecter les principes de l'Etat de droit tels que ceux de la légalité, de l'égalité de traitement ou de l'interdiction de l'arbitraire.

## II. L'institution du contrat de droit public

### A. Sources et caractéristiques juridiques

Le régime du contrat de droit public (ou contrat de droit administratif, voire contrat administratif<sup>1</sup>, selon certaines dénominations) est principalement d'origine jurisprudentielle. En France, cette « institution » a été reçue par la jurisprudence et la doctrine, il y a plus d'un siècle, dans le but d'expliquer de manière cohérente les solutions positives<sup>2</sup>. Elle a fait plus lentement son chemin dans d'autres pays tels que la Suisse ou l'Allemagne, ce qui explique également l'absence de codification du régime du contrat de droit public.

Si l'on suit les critères de qualification fixés par le droit prétorien français, « est de droit public un contrat conclu entre des personnes publiques, sauf si par son objet il fait naître un rapport de droit privé ; l'est également le contrat conclu entre une personne publique et une personne privée (critère organique), lorsque le contrat conclu comprend une clause exorbitante du droit privé (par exemple la possibilité pour l'Etat de modifier unilatéralement le contrat)<sup>3</sup> ou que le contenu du contrat vise l'exécution d'une tâche publique (mission de service public) »<sup>4</sup>. Le contrat de droit public renvoie en principe à un régime de droit public, qui va déterminer les questions de compétences (dans le contentieux), mais également certaines limites, comme l'interdiction de contracter, en des domaines spécifiés par le législateur<sup>5</sup>. Cette distinction se présente de la même manière en Allemagne, avec la question sous-jacente de la légitimité de l'Etat à conclure avec une personne privée en vue de lui confier des attributs de la puissance publiques (délégation de tâche) (STELKENS).

Ainsi présenté, ce contrat constitue une catégorie particulière de l'ensemble des « contrats de l'administration », soit des contrats qui im-

---

1 RICHER/LICHÈRE (2016) p. 13 ss; TRUCHET (2019) p. 285 s.

2 RICHER/LICHÈRE (2016) p. 15.

3 Selon la définition donnée par le Conseil d'Etat français (CE 20 octobre 1950, *Stein*, Rec. 505), une clause exorbitante est celle « qui a pour effet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre de lois civiles et commerciales ».

4 TRUCHET (2019) p. 288 s.

5 MOOR/POLTIER (2011) p. 453 ss.

pliquent une personne publique ; quant à leur régime, les contrats conclus par l'administration ne nécessitent en effet pas tous que l'on déroge au droit privé (par exemple les contrats de vente, d'emprunt, de mandat). Cependant, le domaine n'est pas exempt d'incertitudes, et les frontières entre contrat de droit privé et contrat de droit public peuvent être ténues, de telle sorte que le recours à une méthode d'approche multicritère devient nécessaire<sup>6</sup>. Il n'existe pas de présomption selon laquelle la figure du droit privé devrait l'emporter en cas de doute<sup>7</sup>, contrairement à ce que la jurisprudence peut parfois laisser entendre<sup>8</sup>.

## **B. Liberté contractuelle et position particulière de la personne publique**

Moins que son fondement ou ses critères de qualification, c'est surtout le caractère évolutif du contrat de droit public que nous avons souhaité mettre en perspective. Pour cela, il nous est paru intéressant de présenter un tableau comparatif de la place et de la perception que l'on peut avoir de cet instrument aujourd'hui, en droit suisse, belge et allemand. Trois auteurs se sont attelés à cette tâche : la contribution de THIERRY TANQUEREL brosse l'évolution du contrat de droit public en droit suisse ; DAVID RENDERS et AURORE PERCY évoquent les questions de principe qui demeurent autour du processus de contractualisation des actes de l'administration en droit belge et le droit applicable à ces contrats ; enfin, ULRICH STELKENS expose les fondements de la conception allemande des contrats administratifs et les distinctions qui y sont appliquées.

L'un des traits majeurs qui ressortent de ces contributions est la place singulière qu'occupe l'Etat, en sa qualité de cocontractant, dans un régime bilatéral : on peut en effet s'interroger sur une véritable « liberté contractuelle » (STELKENS), voire la conclusion d'un véritable contrat, compte tenu de la place privilégiée de l'Etat, qui se voit reconnaître une « position favorable » (RENDERS/PERCY), mais aussi des obligations afin de préserver l'intérêt général ; la marge de manœuvre de l'Etat est iné-

---

6 RICHER/LICHÈRE (2016) p. 87 ; pour un exemple, en droit suisse, des critères à approcher dans le cadre de l'interprétation de la nature du contrat TF 2C\_727/2018 = SJ 2020 I 73.

7 MOOR/POLTIER (2011) p. 438.

8 ATF 134 II 297, c. 3.4 et 3.5 = JdT 2009 I 720, *Oberengadin-Bergell c. Corvatsch Power SARL*.

vitablement plus faible que celle de la personne privée avec laquelle il contracte, car son action est guidée par le principe de légalité et celui de la poursuite de l'intérêt public (TANQUEREL). Cela donne à l'Etat des pouvoirs particuliers, tel celui de définir le cadre normatif, mais aussi un poids supérieur dans la négociation des clauses, spécialement dans le domaine des subventions, ce qui peut faire douter d'une relation différente de celle d'un rapport unilatéral (TANQUEREL). Les craintes d'abus de pouvoir de la personne publique sont telles qu'en Allemagne, les art. 54 ss VwVfG fixent un régime de protection contre de telles dérives par des prescriptions, certes générales, limitant les conditions auxquelles l'acte contractuel de l'administration sera réputé légitime (STELKENS).

Il est évident que la liberté contractuelle reconnue à l'autorité publique ne saurait avoir le même sens pour elle que pour les personnes privées. Ces dernières sont titulaires de droit subjectifs, alors que l'Etat exerce des compétences; cela étant, le fait que l'équilibre quant aux droits et obligations des parties puisse ne pas être absolument égalitaire ne vient pas rompre le principe de la volonté de conclure un acte bilatéral; c'est dont bien à l'intention réelle des parties que le juge se réfèrera en principe pour déterminer s'il y a contrat et le contenu des obligations de celui-ci<sup>9</sup>.

La position particulière de l'Etat lui permet de décider de l'adéquation du procédé bilatéral, lorsque la loi laisse cette liberté. Elle lui permet aussi de décider d'une approche négociée de l'acte unilatéral, par des actes qui peuvent être intitulés « conventions », mais ne pas nécessairement faire partie de la décision. Le procédé est fréquent, notamment lorsqu'il est question de discuter des charges ou conditions d'une autorisation de construire avec le requérant, voire des tiers intéressés<sup>10</sup>. Le seul fait que des éléments d'une décision soient négociés ne conduit pas encore à admettre un contrat lorsqu'il est uniquement question pour l'administration d'exercer son pouvoir d'appréciation de manière concertée avec les administrés, sur des points qui sont prédéterminés par la loi, même de manière très indirecte et qui seront ensuite incorporés dans la décision<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> ATF 134 II 297, c. 3.3 et 4 = JdT 2009 I 720, *Oberengadin-Bergell c. Corvatsch Power SARL*.

<sup>10</sup> Voir notamment POLTIER (2011), p. 131 s.

<sup>11</sup> MOOR/POLTIER (2011) p. 424.

Dans ces situations, une analyse sera nécessaire pour déterminer si les éléments formateurs des effets juridiques relèvent de la volonté des parties (auquel cas, la nature bilatérale de l'acte pourra être admise)<sup>12</sup> ou de la loi. Une délimitation entre acte bilatéral et unilatéral est ici nécessaire.

Certaines situations revêtent toutefois un caractère mixte: la plus typique d'entre elles, en droit suisse, est celle de la concession, soit l'acte par lequel une collectivité publique attribue à un tiers le droit d'exercer de manière indépendante, mais contrôlée, une certaine activité économique ou lucrative que l'ordre juridique place directement sous le monopole de l'Etat<sup>13</sup>; les opinions de la doctrine convergent à considérer qu'il s'agit d'un acte mixte, comportant des clauses unilatérales et des clauses contractuelles. Ici, le caractère de droit public des éléments négociés n'est pas discuté, lorsque ceux-ci sont en lien avec les conditions du transfert du monopole auprès du concessionnaire.

### III. Le régime du contrat

Le régime du contrat de droit public est également un sujet de discussion. Cet aspect est relevé pratiquement par l'ensemble des auteurs et montre que l'exercice de qualification du contrat est une tâche souvent ardue, mais qu'elle ne suffit pas à elle seule à résoudre l'ensemble des questions.

Tout d'abord, il s'agit de considérer la phase précontractuelle et se demander à quel régime elle est soumise. Cette question est très vive dans les procédures de marchés publics, mais peut concerner également de nombreuses autres situations. L'administration est-elle soumise aux règles écrites ou non écrites de la procédure administrative non contentieuse? L'Etat peut-il s'engager à contracter selon le mode de la promesse de contracter en droit privé? Ces questions sont loin d'être résolues<sup>14</sup> et se posent indépendamment du régime juridique du contrat (STELKENS).

---

12 Il conviendra encore de qualifier la nature juridique de ces contrats; pour un exemple d'éléments de qualification d'une convention conclue entre la collectivité publique (en sa qualité de détentricrice d'un bien-fonds relevant du patrimoine administratif) et un particulier, en cours de procédure d'autorisation de construire, concernant le respect de distances découlant du droit privé, voir RJJ 1993 182 ss, c. 2.

13 DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 1410 et 1421.

14 HOEPPFNER/HONTEBEYRIE (2019) p. 31 ss.

Ensuite, le statut auquel soumettre l'engagement conclu est lui-même sujet à controverse, au gré de constructions juridiques très diverses : ainsi, en Belgique, tout contrat conclu par l'administration s'inscrit sur un fondement de droit privé, sauf exception pour les règles de droit administratif dérogatoires (découlant du droit administratif général ou spécial), pour les contrats dits « administratifs » (RENDERS/PERCY); cette perception est analogue à celle que nous avons rappelée ci-dessus pour la France et l'Allemagne concernant la clause dite exorbitante du droit privé, qui a pour effet de soumettre au droit public un contrat conclu entre une personne publique et une personne privée (STELKENS).

Reste que chacun des auteurs précités évoque les limites peu stables de ces approches et leur perméabilité. Ainsi que l'indiquent RENDERS/PERCY, dans un contrat de l'administration soumis au droit privé, la personne publique pourra devoir respecter certains principes ou droits fondamentaux propres au droit public; STELKENS relève également qu'un contrat de droit privé pourra être nul, parce que contraire aux droits fondamentaux.

En droit suisse, ainsi que l'indique TANQUEREL, le contrat de droit public est défini comme un acte régi par le droit public, qui résulte de la concordance de deux ou plusieurs manifestations de volontés concrétisant la loi dans un cas d'espèce, ayant pour objet l'exécution d'une tâche publique et visant à produire des effets bilatéraux obligatoires<sup>15</sup>. C'est donc le régime du droit public qui sera la règle dans un tel contrat, mais il est vrai que cette définition ne se recoupe qu'avec les contrats visant une mission de service public connus en France ou en Allemagne.

Le plus souvent, la loi ne précise pas la qualification d'un tel contrat. Il conviendra de recourir aux critères usuels pour distinguer entre droit public et droit privé<sup>16</sup>. Avec la décentralisation et l'externalisation des tâches, le régime des prestations entre la personne publique ou privée (délégataire d'une tâche) et celui des usagers ne sont pas toujours évidents. Le législateur dispose d'une certaine liberté de choix quant au régime juridique qu'il entend mettre en œuvre dans ces relations<sup>17</sup>. Il

---

<sup>15</sup> TANQUEREL (2018) n° 970.

<sup>16</sup> TF 2C\_727/2018 = SJ 2020 I 73; DUBÉY/ZUFFEREY, p. 376 ss; MOOR/POLTIER (2011) p. 437 ss.

<sup>17</sup> MOOR/POLTIER (2011) p. 436 ss.

peut décider de se référer au régime du droit privé pour une obligation relevant du droit public. Ce faisant, il doit garantir l'égalité de traitement et le principe de proportionnalité. Par ailleurs, les dispositions de droit public relevant de la tâche devront être respectées et pourront se greffer sur le régime de droit privé du contrat, lui donnant un caractère mixte. Ainsi, le billet de transport des Chemins de fers fédéraux (CFF) relève du droit privé selon la loi sur le transport des voyageurs<sup>18</sup>; mais les obligations de droit public découlant de cette législation s'imposent à un tel contrat<sup>19</sup>. De même, une institution privée délégataire d'une tâche publique pourra se voir opposer des éléments de droit public, liés à la tâche, dans l'exécution d'un contrat avec un usager ou un résident, réputé être de droit privé<sup>20</sup>.

En droit français, le régime du droit privé est d'ailleurs la règle dans les relations entre l'entité de prestation du service public et les usagers<sup>21</sup>.

C'est dire que, du point de vue du contentieux, ces questions présentent une certaine acuité. On peut aussi réduire cette difficulté en séparant le contentieux dit « objectif » (contentieux de la légalité et des limites de l'excès de pouvoir, où le juge peut annuler ou réformer un acte unilatéral) de celui dit « subjectif » (où l'administré se voit reconnaître un droit et dans lequel s'inscrit le droit des contrats); c'est la solution adoptée dans certains cantons suisses et en Belgique. Elle a pour effet que le même juge (généralement d'une juridiction ordinaire) statue sur les contrats soumis au droit privé et ceux soumis au droit public, mais alors, en ce cas, on peut s'inquiéter d'un risque de confusion par le juge quant à la distinction à opérer entre un contrat soumis au droit public et celui soumis au droit privé (RENDERS/PERCY).

---

18 Art. 56 al. 1 de la Loi sur le transport de voyageurs, du 20 mars 2009 (LTV; RS 745.1).

19 ATF 136 II 457 = JDT 2011 I 68 (Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication c. CFF et CFF c. Office fédéral des transports); il en va notamment ainsi des règles de droit public concernant les voyageurs non munis d'un billet de transport valable.

20 Sur les contrats d'hébergement en institution, voir FAVRE/VITTOZ (2020) p. 579 ss et MÜLLER (2012) p. 264.

21 RICHER/LICHÈRE (2016) p. 66.

## IV. La diversification de l'objet du contrat

### A. Les domaines approchés

Une théorie du contrat serait vaine, au vu de la diversification des situations dans lesquelles le contrat de droit public intervient. Une partie du colloque est destinée à illustrer trois domaines spécifiques dans lesquels la figure contractuelle prend désormais une place importante.

Celui de la fonction publique, à nouveau dans une perspective comparée, droit suisse et droit du secteur public, en Europe. Le droit de la fonction publique est probablement celui qui illustre le mieux l'importance du développement de ce processus de contractualisation; avec cependant des bémols: vrais contrats ou parties décisionnelles dans ces relations? contrats de droit public ou de droit privé? En principe, le droit public est présumé applicable dans les relations entre l'Etat et ses agents, cependant, cette présomption est renversée en cas de délégation de tâche étatique à une personne morale de droit privé, auquel cas le personnel est soumis au droit privé; par ailleurs il n'est pas exclu qu'à certaines conditions, une collectivité de droit public puisse recourir au droit privé, dans ses relations avec ses agents. Enfin, même dans le régime de la fonction publique, de nombreuses clauses peuvent être empruntées au droit privé; c'est ce qui ressort de la contribution de JÉRÔME CANDRIAN. De son côté, ANTONY TAILLEFAIT présente le mouvement de contractualisation de la fonction publique en Europe, qui vient perturber le statut de fonctionnaire au point que l'identité du statut de l'agent de la fonction publique devient opaque.

Mais le contrat de droit public se fait également de plus en plus présent dans des matières où il aurait difficilement été concevable précédemment: ainsi en aménagement du territoire, où, selon les circonstances, l'on passe d'une planification concertée à une planification négociée; BENOÎT BOVAY et PAULINE MONOD évoquent ces aspects au gré de trois types de conventions: celles, classiques, des transferts de droits à bâtir entre terrains voisins, qui conservent un caractère de droit privé, mais avec des limites pour éviter qu'elles ne remplacent les instruments d'aménagement du territoire; les conventions de compensation, qui concernent pour l'essentiel des collectivités, même si elles peuvent indirectement toucher également les propriétaires fonciers; et les conventions nouvelles, destinées à assurer la mise à disposition des zones à bâtir

pour éviter leur thésaurisation, qui devraient se développer parallèlement aux révisions des plans d'affectation, sans que l'on puisse évoquer un véritable régime de contractualisation.

Un domaine qui illustre parfaitement la difficile limite entre acte unilatéral et contrat est celui de l'approvisionnement en électricité. THIERRY LARGEY démontre la complexité du service nécessaire pour assurer la mise à disposition des consommateurs de l'énergie dont ils ont besoin. Ces entrelacs de relations juridiques, qui impliquent divers agents économiques et des autorités, font qu'il n'est pas aisé d'approcher la qualification juridique de la plupart de ces relations, que ce soit entre les différents opérateurs ou par rapport aux usagers finaux. Ce n'est que récemment que le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer, de manière encore incomplète par ailleurs, dans le domaine de l'approvisionnement de base. De nombreux points restent encore incertains quant à leur qualification.

## **B. D'autres domaines de la contractualisation en droit public**

On aurait pu illustrer de nombreux autres domaines encore où la contractualisation prend de l'importance.

Dans le domaine environnemental, notamment, les conventions de négociation sur les quotas de gaz à effet de serre exercent des incidences non seulement sur l'effectivité de la mise en œuvre, mais également sur le droit matériel, par une certaine patrimonialisation de l'environnement : en effet, la législation française assimile les droits d'émettre des gaz à effet de serre à des biens meubles matérialisés par une inscription dans un registre national de quotas globaux ; ces quotas sont négociables et cessibles<sup>22</sup>. Leur qualification est complexe, dans la mesure où ils incorporent un régime d'autorisation, couplé à un titre financier négociable.

Plus encore, cette approche a inspiré le législateur en d'autres domaines, comme celui de la politique énergétique, où les certificats d'économie d'énergie sont également définis comme des biens meubles négociables ; les personnes morales qui vendent de l'électricité ou du gaz sont soumises à des obligations d'économie d'énergie dont elles peuvent se libé-

---

<sup>22</sup> MONTEILLET (2017) p. 51 ss.

rer soit en réalisant des économies d'énergie, soit en acquérant les certificats précités<sup>23</sup>.

D'une manière générale, certains auteurs voient le contrat (incluant ou non une portée unilatérale) comme l'instrument de cohésion sociale permettant de fixer les objectifs à atteindre en matière environnementale et, en particulier, l'exercice des droits économiques (ainsi en va-t-il notamment lorsqu'une entreprise exige de son cocontractant l'adhésion à sa charte éthique ou l'insertion de clauses spécifiquement environnementales). Le contrat devient ici le moyen d'organiser une activité économique<sup>24</sup> et atteste d'une forme de contractualisation normative<sup>25</sup>. D'où certains concluent à l'émergence d'un contrat naturel (appelé aussi pacte écologique); à l'instar du contrat social, qui pose les principes du « bien vivre en société », ce contrat naturel poserait les conditions du « bien vivre avec la nature »<sup>26</sup> !

Ces questions, qui débordent l'approche stricte du contrat, mais nécessitent une maîtrise des concepts qui lui sont liés, pourront faire l'objet d'études ultérieures. Elles montrent combien la théorie est présente et nécessaire, même dans l'exploration de nouvelles figures du droit !

---

23 MONTEILLET (2017) p. 55 s.

24 MONTEILLET (2017) p. 378.

25 HAUTEREAU-BOUTONNET (2014) N° 505 ss.

26 MONTEILLET (2017) p. 568; NAIM-GESBERT (2014) p. 6.

## Bibliographie

- DUBEY JACQUES, ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (2014), *Droit administratif général*, Bâle.
- FAVRE ANNE-CHRISTINE, VITTOZ SARAH (2020), Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement: quelques problématiques, in: BOILLET/FAVRE/MARTENET (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Genève/ Zurich/Bâle, p. 569-596.
- HAUTEREAU-BOUTONNET MATHILDE (2014), Les obligations environnementales, in: BOUTONNET (édit.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, Aix-en-Provence, N° 481 ss.
- HOEPPFNER HÉLÈNE, HONTEBEYRIE ANTOINE (2019), Période pré-contractuelle, promesse et avant-contrats, in: BOUHIER/HOUTCIEFF (édit.), *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif – Droit comparé interne*, Issy-les-Moulineaux.
- MONTEILLET VANESSA (2017), *La contractualisation du droit de l'environnement*, Thèse, Paris.
- MOOR PIERRE, POLTIER ETIENNE (2011), *Droit administratif – Vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle*, 3<sup>e</sup> éd., Berne.
- MÜLLER CHRISTOPH (2012), Le contrat d'assistance en EMS, in: GUILLOD/BOHNET (édit.), *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle.
- NAÏM-GESBERT ERIC (2014), Pour une théorie générale du droit de l'environnement, *RJE* 2014, p. 5 ss.
- POLTIER ETIENNE (2011), La place du contrat dans le droit public des constructions, in: *Journées du droit de la construction*, Fribourg, 2011.
- RICHER LAURENT, LICHÈRE FRANÇOIS (2016), *Droit des contrats administratifs*, 10<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux.
- TRUCHET DIDIER (2019), *Droit administratif*, 8<sup>e</sup> éd., Paris.
- TANQUEREL THIERRY (2018), *Manuel de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle.



# Au-delà des apparences : le contrat de droit public est-il vraiment bilatéral ?

THIERRY TANQUEREL

*Professeur honoraire de l'Université de Genève*

## I. Introduction

La notion de contrat de droit public se recoupe, en Suisse, très largement avec celle de contrat de droit administratif<sup>1</sup>. Elle ne s'en écarte que dans la mesure où elle englobe aussi des conventions entre collectivités publiques, en particulier entre cantons, qui ont un objet institutionnel relevant plutôt du droit constitutionnel<sup>2</sup>. La présente contribution laissera de côté ces dernières et se centrera sur les contrats de droit public<sup>3</sup> qui s'inscrivent dans la mise en œuvre du droit administratif et qui lient des entités publiques et des particuliers ou qui lient des collectivités publiques et des entités étatiques décentralisées ayant la personnalité juridique. En effet, lorsque des collectivités publiques se lient entre elles, sur un plan constitutionnel ou administratif, on peut admettre que vaut pour l'essentiel le principe d'égalité des parties. La question d'une relation de pouvoir unilatérale entre celles-ci ne se pose guère ; même lorsque le niveau institutionnel des parties diffère, le choix de la voie contractuelle indique clairement que la Confédération vis-à-vis des cantons ou le canton vis-à-vis des communes a renoncé à imposer sa volonté en s'appuyant sur la force dérogatoire du droit supérieur. Il n'en est pas nécessairement de même dans la relation entre collectivités publiques et particuliers ou entités publiques décentralisées.

---

1 Voir p.ex., utilisant les deux expressions comme synonymes, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n° 1286 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 33 n° 2.

2 TANQUEREL (2018) n° 970.

3 La question des contrats de droit privé passés par l'administration est exclue du champ de la présente contribution. Ne sera donc pas reprise ici la notion de « contrat administratif » (« *Verwaltungsvertrag* ») mise en avant par ABEGG (2009b) p. 389, note 9, et (2010) p. 10, comme regroupant tous les contrats passés par l'administration qu'ils soient de droit privé ou de droit public.

Ainsi considéré, sous sa forme prévalente de contrat de droit administratif, le contrat de droit public a mis du temps à conquérir, en Suisse, une place significative. Il fut une époque où il n'en était guère question, la figure contractuelle n'apparaissant pas adaptée au droit suisse<sup>4</sup>. Plus tard, le contrat de droit public ne fut admis que si la loi le prévoyait expressément<sup>5</sup>. Le Tribunal fédéral a depuis longtemps assoupli sa position à cet égard, considérant que le recours au contrat de droit administratif est possible dès que la loi ne l'exclut pas<sup>6</sup>. Il reste que, à la fin du siècle passé, on pouvait encore qualifier le contrat de droit administratif de « parent pauvre » du droit public suisse<sup>7</sup>. Mais, en 2004, il était question de son renouveau<sup>8</sup> et, aujourd'hui, le recours au contrat en droit public s'est considérablement étendu. On le constate notamment en droit de la fonction publique<sup>9</sup>, en matière de subventions<sup>10</sup>, en aménagement du territoire<sup>11</sup>, voire en ce qui concerne la protection de l'environnement<sup>12</sup>. On peut aussi mentionner le cas particulier des transactions dans le cadre d'une procédure administrative<sup>13</sup>.

Cette émergence du contrat de droit administratif ne s'est pas faite sans résistance, tant sur le plan doctrinal qu'en pratique.

Une partie de la doctrine persiste à poser des conditions relativement strictes pour admettre le recours au contrat de droit administratif. Même lorsque la loi ne l'exclut pas, l'administration ne serait pas libre de choisir cette voie: elle ne pourrait le faire que si le contrat apparaît comme plus approprié que la décision<sup>14</sup>. Le Tribunal fédéral a repris cette exi-

---

4 MÄCHLER (2005) p. 5 ss.; ABEGG (2010) p. 330 ss; MOOR/POLTIER (2011) p. 417.

5 P.ex. ATF 41/1915 II 299, 314, c. 3, citant FRITZ FLEINER.

6 ATF 136/2010 I 142, 146, c. 4.1; 136/2010 II 415, 425, c. 2.6.1.

7 NGUYEN (1998) p. 1.

8 BELLANGER (2004).

9 BELLANGER (2004) p. 290 ss; TANQUEREL (2012) p. 57-58.

10 Voir, p.ex. l'art. 11, al. 1 et 2, de la loi genevoise sur les aides financières et les indemnités, du 15 décembre 2005 (LIAF/GE – RS/GE D 1 11), qui mentionnent en premier lieu le contrat comme mode d'octroi d'une aide financière ou d'une indemnité.

11 POLTIER (2011) p. 133 ss; ADANK (2016) n° 151 ss.

12 HÄNER (2001).

13 MÄCHLER (2005) p. 278 ss.

14 HÄNER (2001) p. 598-599; MÜLLER (2007) p. 27 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n° 1310; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 33 n° 20, les-

gence<sup>15</sup>, sans en tirer toutefois de conséquences concrètes. Comme nous l'avons déjà relevé ailleurs<sup>16</sup>, il s'agit d'une contrainte exagérée lorsque la forme du contrat n'est pas exclue, fût-ce implicitement, par la loi. Dans un tel cas, il est dans le pouvoir d'appréciation de l'autorité compétente de choisir le contrat ou la décision, sous réserve, bien entendu, des cas où la loi elle-même pose des conditions particulières à l'admissibilité du premier<sup>17</sup>.

Dans la pratique, ce n'est pas tant un débat sur le principe même du recours au contrat de droit public, que la persistance de traits unilatéraux lorsque ce recours intervient qui frappe l'observateur. C'est ce second élément de résistance à la logique contractuelle qui fait l'objet de la présente contribution. Pour l'analyser, il convient de présenter d'abord le contexte particulier dans lequel s'inscrit le contrat de droit public (II) et ce que l'on appellera les promesses contractuelles (III). Puis seront exposées les différentes situations dans lesquelles l'unilatéralité de l'action de l'Etat fait son retour dans un cadre contractuel (IV) avant de conclure de manière nuancée (V).

## II. Le contrat de droit public dans son contexte

### A. La bilatéralité par définition

Avec des formulations parfois un peu différentes<sup>18</sup>, mais qui se rejoignent sur les éléments essentiels, le contrat de droit public est défini comme un acte régi par le droit public qui résulte de la concordance de deux ou de plusieurs manifestations de volonté concrétisant la loi dans un cas d'espèce, ayant pour objet l'exécution d'une tâche publique et visant à produire des effets bilatéraux obligatoires<sup>19</sup>.

---

quels insistent, § 33 n° 3, sur le caractère éminemment subsidiaire de la forme du contrat.

<sup>15</sup> ATF 136/2010 I 142, 147, c. 4.1 ; 136/2010 II 415, 425, c. 2.6.1.

<sup>16</sup> TANQUEREL (2018) n° 994-995 ; dans le même sens, POLTIER (2011) p. 144 ; MOOR/POLTIER (2011) p. 440.

<sup>17</sup> Cf. p.ex. art. 16, al. 2, de la loi fédérale sur les aides financières et les indemnités (Loi sur les subventions) du 5 octobre 1990 (LSu – RS 616.1).

<sup>18</sup> Cf. p.ex. DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 1070-1071 ; ADANK (2016) n° 151 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n° 1286.

<sup>19</sup> TANQUEREL (2018) n° 970.

La caractéristique fondamentale du contrat est le lien entre son caractère bilatéral (ou multilatéral, mais ce cas de figure concerne surtout des contrats entre entités publiques) et l'effet juridique qu'il produit. Alors que, dans la décision, l'effet juridique est le résultat de l'exercice unilatéral de la puissance publique, dans le contrat, c'est la manifestation concordante de plusieurs volontés qui provoque l'effet juridique, à savoir la création de droits ou d'obligations<sup>20</sup>.

C'est d'ailleurs cette caractéristique typique du contrat qui constitue en définitive le seul critère effectif permettant de le distinguer de la décision soumise à acceptation ou assortie de charges. La décision soumise à acceptation ne peut déployer ses effets que si l'acceptation intervient, mais cette acceptation n'est pas la cause du caractère contraignant des droits et obligations découlant de la décision, celui-ci résultant de la loi. Quant à la décision assortie de charges, elle peut donner l'image de droits (résultant du dispositif principal de la décision) et d'obligations (résultant des charges) réciproques, mais les uns comme les autres sont fixés unilatéralement par exercice de la puissance publique. A l'inverse, lorsque des parties conviennent de prestations qui ne peuvent être rapportées à une norme légale ou réglementaire, le fondement de l'obligation de prester ne peut résider que dans la volonté concordante des parties et l'on est alors bien en présence d'un contrat<sup>21</sup>.

Sous l'angle du fondement juridique des droits et obligations qu'il prévoit, le contrat ne peut donc, par définition, être que bilatéral. Cette évidence n'empêche pas l'intervention de prétentions ou de mécanismes unilatéraux dans la préparation, dans l'exécution, voire dans le contenu des contrats de droit public. La question est de savoir à partir de quel moment le retour de l'unilatéral dans la mise en œuvre d'une institution fondamentalement bilatérale ou multilatérale remet en question l'institution elle-même.

## B. Véritables contrats et pseudo-contrats

De la définition qui vient d'être rappelée, il résulte qu'il faut au moins deux personnes juridiques pour conclure un contrat de droit public. La chose est évidente pour les contrats de droit privé. Elle devrait l'être

<sup>20</sup> DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 1081.

<sup>21</sup> TANQUEREL (2018) n° 976; MOOR/POLTIER (2011) p. 424-425.

aussi pour les contrats de droit public, mais la vogue de la phraséologie contractuelle a produit une certaine confusion à cet égard.

Il n'est en effet pas rare que les subdivisions d'une entité étatique à la structure complexe, comme par exemple une université, concluent entre elle des « conventions » ou des « accords » portant sur des projets communs. Bien que présentant les apparences d'un contrat, ces actes, qui lient différents organes ou subdivisions d'une même personne juridique, constituent en réalité des instruments de pilotage internes, proches d'ordonnances administratives négociées, mais plus probablement instruments nouveaux *sui generis* : en effet, une personne juridique ne saurait conclure un contrat avec elle-même<sup>22</sup>. On peut parler ici de pseudo-contrats<sup>23</sup>.

On peut aussi mentionner, comme autre exemple de « pseudo-contrats », les « conventions de prestations » passées entre un département fédéral et une unité de l'administration centrale ou une unité de l'administration décentralisée dépourvue de comptabilité propre, au sens de l'article 38a de la loi fédérale sur l'organisation de l'administration du gouvernement et de l'administration du 31 mars 1997<sup>24</sup>.

Dans une bonne partie de ces exemples, la « convention » en cause est interne à une même personne juridique, mais est en outre passée entre des entités qui sont dans un rapport hiérarchique. L'entité supérieure serait donc en mesure, en vertu de son pouvoir hiérarchique, d'imposer sa volonté dans la démarche prétendument contractuelle. Ce type de mécanisme relève alors plus d'un exercice consensuel, voire négocié, du pouvoir hiérarchique que d'une véritable concordance de volontés.

Ces « pseudo-contrats » doivent être distingués des « contrats » ou « conventions » de prestations qui sont conclus entre une collectivité publique et une personne de droit public ou privé chargée d'une tâche

---

<sup>22</sup> Voir, p.ex., la « convention de prestations » prévue par l'article 4.1 du règlement d'organisation du Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE), qui est établie entre ledit Centre, lequel est une subdivision de l'Université de Genève, le Rectorat de ladite Université, ainsi que les Facultés de droit, de psychologie et des sciences de l'éducation, des sciences de la société et de médecine de la même Université. La seule personne juridique intervenant dans cette convention est l'Université de Genève.

<sup>23</sup> TANQUEREL (2002) p. 23 ss.

<sup>24</sup> LOGA – RS 172.010. Cf. RÜTSCHKE (2016) p. 80-81; TANQUEREL (2018) n° 987.

publique<sup>25</sup>. Comme il y a formellement, dans ce cas, deux personnes juridiques distinctes, on est bien en présence d'un véritable contrat.

## C. La position particulière de l'Etat

### 1. *L'Etat a des contraintes particulières*

Contrairement aux personnes privées, l'Etat ne dispose pas d'une pleine liberté contractuelle même lorsqu'il est en principe habilité à conclure un contrat<sup>26</sup>. Comme dans toutes ses activités, il doit en effet respecter le principe de la légalité. La définition du contrat de droit public donnée plus haut<sup>27</sup> renvoie d'ailleurs explicitement à la concrétisation de la loi dans un cas d'espèce. La marge de manœuvre de l'Etat dans une négociation contractuelle s'inscrit donc dans les limites de son pouvoir d'appréciation. L'action contractuelle de l'Etat est aussi nécessairement guidée par la poursuite de l'intérêt public, conformément à l'article 5, alinéa 2, Cst.<sup>28</sup>.

On rappellera en outre que, tant pour la doctrine<sup>29</sup> que pour la jurisprudence<sup>30</sup>, le critère qui permet de qualifier un contrat passé par l'Etat de contrat de droit public, par opposition à un contrat de droit privé, est celui de l'exécution directe d'une tâche publique ou celui de l'objet réglementé par le droit public. Dès lors, par définition, lorsque l'Etat passe un contrat de droit public, il « assume une tâche de l'Etat » au sens de l'article 35, alinéa 2, Cst. et il est lié par les droits fondamentaux. La soumission aux droits fondamentaux ne dépend en effet que de la nature de la tâche assumée (une tâche de l'Etat) et non de la forme juridique que prend l'accomplissement de la tâche (décision, contrat ou acte matériel)<sup>31</sup>. C'est pourquoi, lorsqu'il passe un contrat de droit public, l'Etat doit en particulier respecter le principe d'égalité de traitement.

<sup>25</sup> Voir à ce sujet BELLANGER/TANQUEREL (2002); RÜTSCHKE (2016).

<sup>26</sup> Cf. ABEGG (2009a) p. 185 et (2009b) p. 394-395.

<sup>27</sup> *Supra* II, A.

<sup>28</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

<sup>29</sup> TANQUEREL (2018) n° 981; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 1084; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n° 1294; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 33 n° 10.

<sup>30</sup> ATF 134/2008 II 297, 301, c. 2.2.

<sup>31</sup> TSCHANNEN (2016) § 7 n° 37.

## 2. *L'Etat a des pouvoirs particuliers*

Disposant de la puissance publique, l'Etat n'est jamais un cocontractant comme un autre.

Il a d'abord le pouvoir de définir le cadre normatif dans lequel s'inscrit le contrat. Les éventuelles modifications de ce cadre normatif peuvent avoir des effets sur les cocontractants de l'Etat. A cet égard, il convient, nous le verrons, de distinguer entre les normes qui s'appliquent de manière toute générale, touchant ainsi les personnes ayant contracté avec l'Etat comme n'importe qui d'autre soumis à la loi, et celles qui portent spécifiquement sur l'objet du contrat<sup>32</sup>.

L'Etat a aussi parfois la possibilité d'exercer ponctuellement la puissance publique en vue d'obtenir l'exécution d'un contrat qu'il a passé<sup>33</sup>.

Enfin, il faut relever les situations dans lesquelles une collectivité publique est amenée à passer un contrat avec une entité publique, certes indépendante en ce sens qu'elle dispose de la personnalité juridique, mais soumise à sa tutelle. Il est manifeste, que, dans un tel cas de figure, les parties au contrat ne sont pas, y compris juridiquement, sur un pied d'égalité.

## 3. *L'Etat a un poids particulier*

Même si l'on fait abstraction des moyens juridiques dont l'Etat dispose, les contrats de droit public peuvent s'inscrire dans une situation de fait déséquilibrée en faveur de la partie étatique. On peut en mentionner deux exemples.

Le premier est celui de l'absence de véritable marché. Pour certaines entreprises, les seuls partenaires potentiels sont les collectivités publiques : si une université ou une entreprise de transport public cantonale n'est pas satisfaite de la convention de prestations que lui propose le canton en cause, elle n'a guère la possibilité d'offrir son service global – qui est celui qui fait l'objet des conventions de prestations – à une autre collectivité et encore moins à des partenaires privés.

---

<sup>32</sup> *Infra* IV, B, 2.

<sup>33</sup> *Infra* IV, C, 1.

Le deuxième exemple est celui de la dépendance financière. En matière de subventions, domaine dans lequel les contrats de droit public sont désormais très à la mode, les entités subventionnées n'ont le plus souvent aucune alternative au financement public prévu par le contrat. Elles n'ont dès lors pas d'autre choix que d'accepter « volontairement » les clauses contractuelles qui leur sont imposées plus que proposées par les collectivités subventionnantes.

### **III. Les promesses contractuelles**

#### **A. Introduction**

La question des promesses contractuelles doit être examinée selon deux perspectives.

La première est celle de la normativité du contrat : on se concentre sur les promesses contenues dans le contrat, autrement dit sur les engagements des parties. Il s'agit de déterminer leur portée juridique, d'une part, sous l'angle du fondement des droits et obligations contractuels, d'autre part, sous l'angle de la stabilité de ces droits.

La seconde perspective est celle de l'utilité du contrat. C'est alors le phénomène de la contractualisation en droit public qui est évalué : on se demandera quel avantage est attendu du recours au contrat de droit public plutôt qu'à la décision. Il est logique que ces avantages espérés soient en lien avec les particularités normatives du contrat.

#### **B. Les promesses du contrat**

##### *1. La normativité spécifique du contrat*

Il faut revenir ici sur l'élément de la définition du contrat de droit public qui est déterminant pour le distinguer de la décision soumise à acceptation : c'est la volonté des parties qui engendre l'effet juridique, lequel ne peut être directement tiré de la loi<sup>34</sup>.

Si cette proposition est remise en cause, alors la raison d'être du contrat de droit public disparaît. Cette remise en cause peut intervenir de deux manières.

---

<sup>34</sup> *Supra* II, A.

La première consiste à exiger une base légale spécifique pour toute obligation contractuelle. Le Tribunal fédéral affirme en effet qu'un contrat de droit administratif ne permet pas à l'Etat d'imposer une prestation qui ne reposerait pas sur une base légale<sup>35</sup>, mais il applique la règle avec souplesse, en soulignant qu'une prestation peut être exigée d'une partie, quand bien même cette prestation n'aurait pas pu être imposée par voie de décision<sup>36</sup> et en tenant compte de l'accord de l'intéressé<sup>37</sup>. La doctrine met aussi l'accent sur la nécessité d'éviter une rigueur qui enlèverait tout intérêt à la forme contractuelle<sup>38</sup>. Cette deuxième approche doit être approuvée : si l'exigence de précision et de spécificité de la base légale était identique pour les obligations contractuelles, le contrat de droit public ne se distinguerait plus guère de la décision soumise à acceptation. Il perdrait en tout cas la vertu de souplesse qui lui est usuellement attribuée<sup>39</sup>.

Le deuxième angle de remise en cause de l'effet juridique du contrat de droit public consiste à considérer que la loi peut librement modifier ou révoquer la promesse contractuelle<sup>40</sup>. Cela revient à dire que le principe *pacta sunt servanda* ne s'applique pas au législateur. Mais alors le contrat n'engage plus la collectivité, donc la personne juridique, qui le conclut. Il a le même effet qu'une décision, qui peut être révoquée, sous réserve d'une pesée des intérêts, notamment si la loi a changé<sup>41</sup>. Non seulement la voie contractuelle perd, dans ces conditions, tout intérêt par rapport à celle de la décision, mais on peut douter que, faute d'engagement d'une des parties, on soit encore en présence d'un véritable contrat.

## 2. *Pacta sunt servanda*

Le principe *pacta sunt servanda* s'applique par définition à tous les contrats, donc aussi aux contrats de droit public. C'est ce principe qui fonde l'effet juridique du contrat. S'il n'intervient pas, il n'y a pas de

---

35 ATF 105/1979 Ia 207, 210, c. 2b.

36 ATF 136/2010 I 142, 147, c. 4.2.

37 ATF 136/2010 I 142, 148 s., c. 4.3. Voir aussi ATF 136/2010 II 415, 425, c. 2.6.1.

38 ABEGG (2009b) p. 409; MOOR/POLTIER (2011) p. 458-459; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 33 n° 30; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 1098-1099; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n° 1317; TANQUEREL (2018) n° 992.

39 *Infra* C, 1.

40 *Infra* IV, B, 3, a.

41 TANQUEREL (2018) n° 944-945 et 949 ss.

véritable contrat, mais un simple engagement moral, un accord de droit souple, dont l'exécution ne peut être juridiquement exigée.

Il est, dans ce contexte, usuel de considérer que les contrats de droit public créent, en faveur des créanciers des obligations que ces contrats contiennent, des droits acquis<sup>42</sup>. Ces derniers bénéficient d'une stabilité plus forte que les droits fondés sur une décision administrative: ils ne peuvent faire l'objet d'une révocation unilatérale, sont opposables également au législateur et ne peuvent être annulés ou modifiés qu'aux conditions de l'expropriation<sup>43</sup>.

A vrai dire, il n'est pas certain que la notion de droits acquis apporte ici une plus-value explicative. Le principe *pacta sunt servanda* suffit<sup>44</sup>. Le Tribunal fédéral a expressément indiqué, dans une situation où c'était le législateur qui entendait intervenir pour modifier un rapport contractuel existant, que ce principe vaut pour les contrats de droit public<sup>45</sup>. Il a dans la foulée considéré que la résiliation de contrats de droit public en cours, avant leur échéance, telle qu'elle était prévue par la nouvelle loi en cause, était contraire au principe de la bonne foi consacré par les articles 5, alinéa 3, et 9 Cst.<sup>46</sup>. Le Tribunal fédéral a cependant aussi relevé, en relation avec le principe *pacta sunt servanda*, que les obligations de l'Etat qui découlent des contrats de droit administratif équivalent, en règle générale, à des droits acquis<sup>47</sup>.

En définitive, que la portée normative du contrat de droit public soit décrite en termes de droits acquis ou par la combinaison du principe *pacta sunt servanda* et de la protection constitutionnelle de la bonne foi, le résultat est le même: les engagements contractuels bénéficient d'une garantie particulière de stabilité et sont opposables à tous les organes de la collectivité contractante, y compris le législateur.

---

42 RHINOW (1979) p. 15; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 1333; TANQUEREL (2018) n° 762; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n° 1239 et 1315.

43 RHINOW (1979) p. 17-18; MÄCHLER (2007) p. 91; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 1345; TANQUEREL (2018) n° 764; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n° 1242 ss et 1315.

44 MOOR/POLTIER (2011) p. 24.

45 ZBl 2010 56, 61 s., c. 5.2 (TF, 21.4.2009).

46 ZBl 2010 56, 62, c. 5.3 (TF, 21.4.2009).

47 Arrêt TF 2C\_164/2009 du 13 août 2009, c. 8.1.

## C. Les promesses de la contractualisation

### 1. *La souplesse négociée*

Vu son caractère bilatéral, le contrat est en principe négocié. Comme il permet de créer des droits ou obligations là où la décision ne le pourrait pas<sup>48</sup>, il est bien adapté à une organisation « sur mesure » des relations entre les parties. En ce sens, il apparaît comme un instrument plus souple que la décision, qui peut ouvrir la voie à des solutions plus variées, voire plus originales que ne le permettrait l'application unilatérale de la loi. Ce souhait de davantage de souplesse a notamment été évoqué dans les réformes du droit de la fonction publique qui ont vu un passage de la nomination par voie de décision à l'engagement par contrat de droit public<sup>49</sup>. Le Conseil fédéral affirmait à propos de la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000<sup>50</sup> que « [l]a souplesse accrue des conditions d'engagement permettra à l'administration et aux entreprises fédérales de réagir face à l'évolution de l'environnement et de s'adapter en fonction des spécificités des organisations et des individus »<sup>51</sup>. On peut considérer que cette souplesse du contrat pour s'adapter à des situations particulières est un des éléments qui justifient que l'on y recoure en matière de subventions lorsque l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour accorder celles-ci (p.ex. art. 16, al. 2, let. a, LSu), ce qui implique une négociation sur le montant de l'aide et sur le mode d'exécution de la tâche pour laquelle elle est versée<sup>52</sup>.

### 2. *La sécurité du droit*

Le deuxième intérêt majeur, et sans doute le plus important, du recours au contrat de droit public réside dans la stabilité accrue des droits et obligations qu'il contient en vertu du principe *pacta sunt servanda*. Il

---

<sup>48</sup> *Supra* B, 1.

<sup>49</sup> MAHON/ROSELLO (2012) p. 10-11 ; voir aussi TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 33 n° 26.

<sup>50</sup> LPers – RS 171.220.1.

<sup>51</sup> Message du Conseil fédéral du 14 décembre 1998 concernant la loi sur le personnel de la Confédération, FF 1999 II 1421, 1422.

<sup>52</sup> Message du Conseil fédéral du 15 décembre 1986 à l'appui d'un projet de loi sur les aides financières et les indemnités, FF 1987 I 369, 411.

est donc particulièrement bien adapté aux situations où les parties ont entendu se lier de façon pérenne<sup>53</sup>.

Dans certains cas, comme l'engagement du personnel de l'Etat, le choix de la forme du contrat a une portée surtout symbolique: le caractère bilatéral souligne la volonté des personnes engagées de s'investir dans leur mission au service de l'Etat. On relèvera toutefois que, pour les contrats à durée déterminée, la sécurité de l'emploi est maximale pendant la durée de ceux-ci, alors qu'elle est faible à leur échéance.

Dans d'autres situations, comme en matière de subventions, un véritable effet juridique de sécurité du droit est recherché, et cela dans deux directions.

D'une part, comme le prévoit expressément l'article 16, alinéa 2, lettre b, LSu, le choix du contrat est approprié lorsqu'il s'agit de s'assurer que le bénéficiaire d'une subvention ne renonce pas unilatéralement à l'accomplissement de la tâche pour laquelle la subvention est accordée<sup>54</sup>. En effet, d'éventuelles charges accompagnant une décision seront moins efficaces à cet égard, puisque la sanction naturelle de la violation d'une charge est la révocation et la demande de restitution de la subvention. Avec un engagement contractuel, il sera possible, du moins théoriquement, d'exiger juridiquement l'exécution de celui-ci.

D'autre part, lorsque l'activité subventionnée, tâche publique ou simplement activité d'intérêt public, est durable et implique une planification sur plus d'une année, le contrat constitue un moyen de garantir le versement de la subvention par-delà la limite classique de l'exercice budgétaire annuel. Il est possible, par un contrat portant sur plusieurs années, d'assurer une sécurité juridique au bénéficiaire de la subvention, à condition bien entendu que ne soient pas introduits des mécanismes annulant l'effet durable du contrat. De cette manière, l'exécution de la tâche ou de l'activité en cause peut être pérennisée. Certaines législations cantonales contiennent des dispositions qui vont expressément dans ce sens<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> MÜLLER (2007) p. 28; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 33 n° 25; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n° 1315.

<sup>54</sup> *Id.*; voir aussi RHINOW (1979) p. 14.

<sup>55</sup> P.ex. art. 21, al. 2, de la loi genevoise sur l'Université, du 13 juin 2008 (LU/GE – RS/GE C 1 30); art. 74 s. de la loi neuchâteloise sur l'Université de Neuchâtel (LU/NE – RS/NE 416.100).

#### IV. Le retour du refoulé : l'action unilatérale de l'Etat dans le contrat de droit public

##### A. Lors de la conclusion du contrat

###### 1. *Le contrat non négocié*

La logique contractuelle voudrait que les droits et obligations créés par la volonté concordante des parties soient négociés entre celles-ci. On peut même considérer que, dans les cas où un régime de décision unilatérale a été remplacé par un modèle contractuel, l'un des buts naturels de l'opération est de favoriser un aménagement concerté de la relation entre l'Etat et son cocontractant. Or, dans l'exemple le plus emblématique d'un tel passage, à savoir l'engagement du personnel de l'Etat, il n'en a rien été.

En pratique, les contrats d'engagement du personnel de la Confédération et des cantons qui ont opté pour le modèle contractuel sont largement des contrats d'adhésion dans lesquels les personnes s'engageant au service de l'Etat signent un contrat-type. Il ne peut d'ailleurs guère en être autrement, dès lors que les droits et obligations des membres du personnel de l'Etat restent très précisément définis par le cadre légal<sup>56</sup> et que l'employeur doit respecter le principe d'égalité de traitement<sup>57</sup>. C'est ainsi que, tant sur le plan fédéral que, par exemple, dans le canton de Vaud, qui pourtant a poussé relativement loin la logique de l'engagement contractuel, le traitement du personnel de l'Etat est essentiellement régi par des grilles salariales fondées sur des normes unilatérales<sup>58</sup>.

En droit du personnel de l'Etat, le contrat de droit public ne se distingue donc guère de la décision soumise à acceptation qui représentait la tradition en la matière. Un auteur est allé, non sans raison, jusqu'à le qualifier de « vrai faux contrat »<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Pour la Confédération, cf. BELLANGER (2004) p. 290 ss. Voir aussi TANQUEREL (2012) p. 57-58.

<sup>57</sup> TANQUEREL (2012) p. 58 et 62-63.

<sup>58</sup> Cf. art. 15, al. 3, LPers et 36 de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 (Opers – RS 172.220.111.3), les art. 24 ss de la loi vaudoise sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001 (LPers/VD – RS/VD 172.31), ainsi que les divers règlements vaudois relatifs aux salaires du personnel de l'Etat (RS/VD 172.315.1 à 172.320.1).

<sup>59</sup> BELLANGER (2004) p. 296.

## 2. *L'acte détachable*

La théorie dite de « l'acte détachable », ou « des deux niveaux », propose de distinguer entre la conclusion proprement dite du contrat, par la manifestation concordante de volonté des parties, et l'acte unilatéral par lequel la partie étatique choisit de recourir au contrat et, le cas échéant, choisit sa partie cocontractante. Cet acte préalable, « détaché » de la conclusion du contrat, est considéré comme une décision. Dès lors, et c'est toute l'utilité de la théorie de l'acte détachable, l'existence de cette décision permet l'ouverture d'un contentieux, par les voies prévues pour la contestation des décisions, et cela à l'initiative de toute personne, partie au contrat ou tiers, qui a la qualité pour agir selon les règles générales de procédure administrative<sup>60</sup>.

Il a été proposé d'admettre l'existence d'un acte détachable chaque fois que l'on se trouve en présence d'une résolution ou d'une prise de position émanant de l'administration pour la conclusion ou non d'un contrat, par laquelle une règle de droit public, formelle ou matérielle, a été appliquée, ou n'a pas été appliquée alors qu'elle aurait dû l'être<sup>61</sup>, ce qui sera toujours le cas pour les contrats de droit public, qui concrétisent la loi dans un cas d'espèce<sup>62</sup>.

Le droit positif suisse – législation et jurisprudence – n'est toutefois pas allé aussi loin. La concrétisation la plus évidente de la théorie de l'acte détachable est apparue en droit des marchés publics, où est expressément prévue une décision d'adjudication précédant la conclusion d'un contrat et sujette à recours<sup>63</sup>. Mais il s'agit, dans ce contexte, d'une décision détachée d'un contrat de droit privé et non d'un contrat de droit public.

Concernant les contrats de droit public, c'est en matière de subventions que l'on trouve le seul exemple, à notre connaissance, d'application de la théorie de l'acte détachable. L'article 19, alinéas 2 et 3, LSu prévoit en effet que, à la fin des pourparlers en vue de la conclusion d'un contrat,

---

<sup>60</sup> MOOR/POLTIER (2011) p. 445 ss; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 1130; TANQUEREL (2018) n° 1003.

<sup>61</sup> MOOR/POLTIER (2011) p. 450.

<sup>62</sup> TANQUEREL (2018) n° 1004.

<sup>63</sup> Art.52 de la loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 (LMP – RS 172.056.1) et art. 15, al. 1<sup>bis</sup>, let. e, de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP – RS/GE L 6 05).

l'autorité compétente notifie au requérant et aux tiers habilités à recourir une proposition de contrat et que ceux-ci comme celui-là peuvent requérir dans les 30 jours une décision sujette à recours. Dans ce mécanisme, l'acte détachable ne vient au jour qu'en cas de désaccord, émanant du requérant ou de tiers qui pourraient recourir en cas de décision, au sujet de la proposition de contrat. La situation est donc différente de celle des marchés publics, où il y a toujours une décision d'adjudication.

## **B. Dans le contenu du contrat**

### *1. Les clauses de réserves unilatérales*

Un moyen simple de préserver toutes les apparences du modèle contractuel en conservant le pouvoir de dernier mot à l'Etat est de prévoir, dans les contrats de droit public, des réserves unilatérales en faveur de l'Etat. Bien entendu, cette méthode crée un déséquilibre entre les parties. Elle ne se rencontre donc que dans les cas où la partie non étatique a intérêt à la conclusion du contrat, même au prix de concessions qui n'auraient pas été consenties dans un contexte contractuel ordinaire, avec un rapport de forces égalitaire.

C'est ainsi que des contrats d'engagement du personnel de l'Etat font référence à une grille salariale adoptée par l'Exécutif de la collectivité en cause par voie réglementaire ou que des contrats de subvention subordonnent la promesse de subvention au vote des crédits correspondant dans le budget annuel de la collectivité subventionnante. Il arrive d'ailleurs que la loi impose cette manière de faire<sup>64</sup>.

La forme contractuelle est préservée, mais la logique qu'elle masque reste imprégnée d'unilatéralisme.

### *2. Le fait du Prince*

Parmi les pouvoirs particuliers dont l'Etat dispose et qui peuvent se déployer y compris lorsqu'il participe à des contrats, figure celui de définir le cadre normatif dans lequel ces contrats s'insèrent. Quant aux limites et aux conséquences de l'exercice de ce pouvoir, il faut distinguer deux hypothèses<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Art. 25, al. 3, LIAF/GE.

<sup>65</sup> TANQUEREL (2018) n° 1018; MOOR/POLTIER (2011) p. 472 ss.

Selon la première, une nouvelle norme édictée par l'Etat s'applique de manière toute générale et touche ainsi les personnes ayant contracté avec l'Etat comme n'importe qui d'autre soumis à la loi. Dans ce cas, la situation de cocontractant de l'Etat n'est pas un critère pertinent justifiant d'être traité différemment de l'ensemble des administrés affectés par la norme en cause. Dit autrement, la norme en cause ne modifie pas spécialement l'équilibre contractuel et la partie non étatique doit la souffrir sans contrepartie.

Dans la deuxième hypothèse, une nouvelle norme légale ou réglementaire porte spécifiquement sur l'objet du contrat. La question de la primauté entre cette norme et la règle contractuelle, et plus généralement la question du rétablissement de l'équilibre contractuel, se posent si la modification légale porte atteinte aux droits acquis – ou si l'on préfère, aux droits contractuels protégés par le principe *pacta sunt servanda* – de la partie ayant contracté avec l'Etat.

La réponse à cette question ne peut être que nuancée en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce. Il convient en premier lieu d'effectuer une pesée entre l'intérêt public à l'application intégrale de la nouvelle norme et l'intérêt de la partie contractante au respect du contrat. Si le second prime, la nouvelle règle ne pourra être appliquée à la situation concrète visée par le contrat qu'à l'échéance de celui-ci. Si le premier prévaut, l'équilibre du contrat pourra être rétabli soit par une indemnisation, soit par la libération de ses obligations de la partie lésée à due concurrence de la perte résultant de la nouvelle norme.

On peut mentionner, à ce sujet, l'exemple d'une initiative populaire genevoise, acceptée en 2014, qui avait imposé une baisse des tarifs des Transports publics genevois (TPG)<sup>66</sup>, établissement de droit public cantonal lié au canton par un contrat de prestations<sup>67</sup>. Ledit contrat tenait évidemment compte des tarifs en vigueur avant l'adoption de l'initiative. L'application de cette dernière en modifiait l'équilibre. Après avoir opté dans un premier temps pour une réduction des prestations des

---

<sup>66</sup> IN 146; le texte de l'initiative et les travaux parlementaires y relatifs peuvent être consultés sur le site du Grand Conseil genevois (<<http://ge.ch/grandconseil/index/>>). Voir l'art. 36, al. 2, de la loi genevoise sur les Transports publics genevois du 21 novembre 1975 (LTPG/GE – RS/GE H 1 55).

<sup>67</sup> Art. 1, al. 1 et 7, LTPG/GE.

TPG, le canton avait accepté d'augmenter sa subvention pour maintenir celles-ci<sup>68</sup>.

On notera encore que la question du fait du Prince doit être distinguée de celle de la théorie de l'imprévision (*clausula rebus sic stantibus*), qui peut être invoquée par l'une ou l'autre des parties pour demander une adaptation du contrat en cas de changement imprévisible et fondamental des circonstances qui en modifie l'équilibre économique, dans que cela soit imputable à l'une des parties<sup>69</sup>. La théorie de l'imprévision ne relève pas de l'action unilatérale de l'Etat.

### 3. *La remise en cause de pacta sunt servanda*

#### a. Dans la législation sur les subventions

On trouve, dans la législation cantonale générale ou spéciale en matière de subventions, trois catégories de règles qui constituent, dans une mesure plus ou moins radicale, une remise en cause du principe *pacta sunt servanda*.

La première catégorie est constituée par les règles qui affirment la primauté de la loi postérieure sur les contrats de subventionnement. C'est ainsi que l'article 13 alinéa 3 de la loi vaudoise sur les subventions du 22 février 2005<sup>70</sup> prévoit que « [s]ous réserve de la bonne foi, les modifications législatives ultérieures à la signature de la convention priment lesdites conventions. Les dispositions légales contraires sont réservées ». La réserve de la bonne foi contenue dans cette disposition laisse songeur: en effet, le principe *pacta sunt servanda* étant étroitement lié au principe de la bonne foi, on devrait en conclure que ledit principe prime sur la loi postérieure, mais la proposition principale de la disposition dit exactement le contraire. Peut être classée dans la même catégorie, une règle qui subordonne la validité de subventions, y compris accordées par contrat, au vote de l'autorisation budgétaire correspondante, vote qui

---

<sup>68</sup> Art. 3A, al. 5, de la loi genevoise sur le réseau des transports publics du 17 mars 1988 (LRTP/GE – RS/GE H 1 50), introduit en 2017 (PL 12 128, consultable sur <<http://ge.ch/grandconseil/index/>>).

<sup>69</sup> VOGEL (2008); TANQUEREL (2018) n° 1014; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n° 1360 ss.

<sup>70</sup> LSubv/VD – RS/VD 610.15.

peut prendre la forme d'une loi postérieure pour les contrats portant sur plusieurs années et qui peut induire une modification de la subvention<sup>71</sup>.

La deuxième catégorie regroupe les normes prévoyant la possibilité pour la partie étatique d'adapter unilatéralement un contrat de subventionnement. Ces normes posent en général des conditions à la modification unilatérale des subventions, la plus évidente étant la nécessité d'un assainissement financier de l'Etat<sup>72</sup>. Elles prévoient aussi parfois la possibilité de résiliation du contrat et d'adaptation de la prestation subventionnée au montant réduit de la subvention ou, plus largement, la renégociation du contrat<sup>73</sup>.

Il faut enfin ranger dans une dernière catégorie l'affirmation pure et simple par la loi cantonale de l'absence de création de droits acquis en cas de conclusion d'un contrat de droit public. C'est en droit genevois que l'on trouve cette formulation dans toute son audace dogmatique<sup>74</sup>.

Prises à la lettre, toutes ces normes sont en contradiction évidente avec le principe *pacta sunt servanda* et la garantie constitutionnelle de la bonne foi. Contrairement à ce que certains législateurs cantonaux semblent penser, les cantons ne peuvent suspendre ce principe et cette garantie, même en adoptant une base légale formelle à ce sujet.

Une interprétation juridiquement plus conciliante de ces normes consiste à y voir l'expression, certes maladroitement formulée, d'une obligation pour l'Etat, quand il passe un contrat de subventionnement, de réserver dans ledit contrat la possibilité de modifier unilatéralement, si certaines conditions sont remplies, le montant qu'il a promis d'accorder.

Cette interprétation demande une certaine souplesse de lecture et ne change rien au fait que la possibilité de modifier unilatéralement la promesse de subvention vide largement de sa substance l'avantage de sécurité du droit qu'est censé apporter le contrat, comparé à la décision. Elle a cependant le mérite de ne pas porter directement atteinte au crédit des

---

<sup>71</sup> Art. 25, al. 1 et 2, LIAF/GE.

<sup>72</sup> Art. 33, al. 1 à 3, LSubv/VD; art. 18 de la loi bernoise sur les subventions cantonales du 16 septembre 1992 (LCSu/BE – RS/BE 641.1); art. 76, al. 1 et 2, LU/NE.

<sup>73</sup> Art. 33, al. 4, LSubv/VD; art. 76, al. 3, LU/NE.

<sup>74</sup> Art. 27, première phrase, LIAF/GE.

cantons concernés. Elle semble aussi largement confirmée par la pratique relative à la rédaction des contrats de subventionnement.

b. Un exemple genevois extrême

Le législateur genevois a semblé à première vue comprendre l'effet potentiellement délétère de sa conception de contrats ne créant pas de droits acquis en matière de subventions. Il a donc réservé l'hypothèse où une disposition légale spéciale prévoit expressément l'immutabilité de la subvention accordée par contrat<sup>75</sup>. Le droit genevois semble donc avoir créé une obligation de promesse « au carré » pour que l'Etat soit véritablement engagé contractuellement : la promesse doit d'abord figurer dans le contrat valablement conclu, puis elle doit être expressément et spécifiquement confirmée par le législateur. Cette formule n'est guère satisfaisante quant au respect de la bonne foi : de ce point de vue une seule promesse devrait être suffisante. Mais elle semble laisser ouverte la possibilité que le canton de Genève puisse se considérer lié par un contrat qu'il a conclu. Malheureusement, la pratique a montré que telle n'était pas la vision des autorités genevoises.

En effet, à l'occasion de la ratification de la convention d'objectifs de l'Université de Genève portant sur les années 2012 à 2015, le Grand Conseil a expressément précisé que, « conformément à l'article 25 alinéa 2 LIAF, les montants garantis restent acquis lors du vote annuel du budget »<sup>76</sup>. Cela n'a pas empêché le Grand Conseil, dix-huit mois plus tard, de modifier cette disposition pour en revenir au principe de l'autorisation de dépense octroyée dans le cadre du budget annuel<sup>77</sup>.

Cette dernière loi est une monstruosité juridique. Elle signifie en effet que, non seulement le canton de Genève ne se sent pas lié par un engagement qu'il a pris dans un contrat valablement conclu, mais qu'en outre

---

<sup>75</sup> Art. 25, al. 2, et art. 27, deuxième phrase, LIAF/GE. Ces dispositions s'appliquent également aux subventions accordées en vertu d'une loi ou d'une décision, mais dans ces deux cas, la question du principe *pacta sunt servanda* ne se pose évidemment pas.

<sup>76</sup> Art. 8 de la loi accordant une indemnité annuelle de fonctionnement à l'Université de Genève pour les années 2012 à 2015 du 17 mai 2013 (PL 11 023, consultable sur <<http://ge.ch/grandconseil/index/>>).

<sup>77</sup> Art. 2, al. 6, et art. 8 de la loi modifiant la loi 11 023 accordant une indemnité annuelle de fonctionnement à l'Université de Genève pour les années 2012 à 2015 du 18 décembre 2014 (PL 11 538, consultable sur <<http://ge.ch/grandconseil/index/>>).

il n'est pas lié non plus par la promesse spécifique, qu'il a formulée dans une loi, de respecter cet engagement. Si la partie cocontractante avait été une société privée aux reins solides, chargée d'une tâche de l'Etat, l'attitude du canton de Genève aurait été sanctionnée par les tribunaux et le crédit du canton aurait été sévèrement atteint. Mais, bien entendu, l'Université de Genève, vu sa dépendance organique et financière vis-à-vis du canton, n'a pas utilisé la voie de droit que prévoyait la convention d'objectifs. Ce qui permet au passage de relever que le canton aurait pu obtenir le résultat qu'il souhaitait en conservant les formes de l'orthodoxie juridique: il lui suffisait d'offrir de façon pressante à l'Université de modifier d'un commun accord la convention, offre que ladite Université n'aurait évidemment pas pu refuser<sup>78</sup>.

### C. Dans l'exécution du contrat

#### 1. *La décision en vue d'exécution*

Il arrive que la prise d'une décision constitue une modalité naturelle d'exécution de certains contrats. Ainsi, à Genève, lorsque le tarif de la fourniture de l'eau est fixé, pour certains types de consommateurs, par un contrat de droit public, les factures de consommation constituent néanmoins des décisions, lesquelles doivent être conformes au contrat<sup>79</sup>. Dans un tout autre domaine, le classement d'une parcelle dans une zone déterminée peut faire l'objet d'une obligation de la collectivité publique, dans le cadre d'un contrat de planification<sup>80</sup>. Or, la modification de la planification est traitée procéduralement comme une décision.

Par ailleurs, selon une partie de la doctrine, à laquelle nous nous rattachons, l'Etat peut prendre une décision en vue de faire exécuter le contrat de droit public si l'intérêt public l'exige<sup>81</sup>. Il n'est parfois fait mention que de la possibilité de recourir à la contrainte directe ou à

---

<sup>78</sup> Pour un commentaire plus détaillé de cette affaire, cf. TANQUEREL (2015).

<sup>79</sup> Art. 1, al. 2, art. 37 et art. 46, al. 2, du règlement des Services industriels de Genève pour la fourniture de l'eau du 1er août 2020 (consultable sur <<https://www2.sig-ge.ch/particuliers>>).

<sup>80</sup> ADANK (2016) n° 525 ss.

<sup>81</sup> MOOR/POLTIER (2011) p. 480; TANQUEREL (2018) n° 1020. N'admettant cette possibilité que si la voie de droit en cas de litige concernant le contrat n'est pas celle de l'action, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 35 n° 14.

Au-delà des apparences: le contrat de droit public est-il vraiment bilatéral?

l'exécution par substitution<sup>82</sup>; mais le recours à ces mesures d'exécution doit toujours être précédé d'une commination, laquelle constitue une décision<sup>83</sup>. La décision en vue d'exécution pourra être contestée par les voies de recours prévues par les dispositions générales de procédure.

Il y a donc une place, certes nullement prépondérante, pour la décision dans le cadre de l'exécution même d'un contrat de droit public.

## 2. *Le retour de la décision en cas de conflit*

La place de la décision dans le cadre de l'exécution, au sens large, d'un contrat de droit public est bien plus importante lorsque la loi qui institue le recours à un tel contrat prévoit que, en cas de désaccord entre les cocontractants, la partie étatique rend une décision. Cette méthode consiste en définitive à poser le principe du contrat lorsque tout va bien, pour revenir au régime de la décision unilatérale dès que des problèmes surviennent.

Le cas le plus connu de ce système du retour de la décision en cas de conflit est celui de la LPers, dont l'article 34 alinéa 1 prévoit que « [s]i, lors de litiges liés aux rapports de travail, aucun accord n'intervient, l'employeur rend une décision ». Cette disposition s'applique notamment à la résiliation des rapports de travail, si le membre du personnel concerné n'accepte pas celle-ci. Certaines législations cantonales adoptent le même système<sup>84</sup>. On le retrouve aussi parfois dans d'autres domaines, ainsi, dans le canton de Berne, pour les contrats de subvention<sup>85</sup>.

Prévoir le retour à la décision en cas de désaccord entre les parties dans le cadre de l'exécution du contrat permet d'ouvrir les voies de droit prévues ordinairement en matière de décision. Il n'est plus besoin d'instituer une voie d'action contractuelle pour garantir l'accès au juge. L'avantage de cette formule est d'unifier le contentieux administratif, tant en ce qui concerne les instances de recours qu'en ce qui concerne les règles de procédure. Mais il faut reconnaître que donner à l'une des parties à un contrat le droit de trancher elle-même un conflit avec l'autre partie n'est

---

<sup>82</sup> DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 1126.

<sup>83</sup> TANQUEREL (2018) n° 1146.

<sup>84</sup> Cf. p.ex. art. 16, al. 1, art. 25, al. 1, et art. 107, al. 1, de la loi bernoise sur le personnel du 16 septembre 2004 (LPers/BE – RS/BE 153.01).

<sup>85</sup> Art. 9, al. 3, LCSu/BE.

guère compatible avec la logique contractuelle, qui postule en principe une égalité des cocontractants.

## V. Conclusion

Dans une approche globale et strictement juridique, on peut sans doute répondre par la négative à la question provocatrice qui sert de titre à la présente étude. Bien que des marques d'unilatéralisme multiples et significatives imprègnent encore la relation entre l'Etat et les particuliers lorsque celui-ci et ceux-là sont liés par un contrat de droit public, il serait exagéré d'en conclure que ce dernier ne serait, d'une manière générale, pas un vrai contrat faute d'être véritablement bilatéral. Il faut toutefois réserver les mécanismes et les normes qui remettent directement en cause le principe *pacta sunt servanda* : dans ces cas, c'est l'engagement même de la partie étatique qui devient chancelant. Dans les situations les plus criantes, comme celle de la convention d'objectifs de l'Université de Genève, la volonté de l'Etat de contracter de bonne foi peut sérieusement être mise en doute.

Quoiqu'il en soit, la rémanence de l'unilatéral dans les contrats de droit public conduit à se demander si les promesses de la contractualisation sont vraiment tenues. Dans le droit du personnel de l'Etat, la promesse de souplesse négociée apparaît très illusoire. Plus grave, en matière de subventions, l'objectif de sécurité du droit n'est clairement pas atteint.

Il faut cependant se garder de juger trop hâtivement et trop négativement le recours au contrat de droit public, malgré la forte relativisation de son caractère bilatéral. Certains traits unilatéraux paraissent inévitables et ne posent guère de problèmes : ainsi en est-il des actes détachables, de la décision en vue d'exécution, d'un certain degré d'uniformisation dicté tant par le principe d'égalité de traitement que par des nécessités pratiques. Même le mécanisme du retour de la décision en cas de conflits apparaît comme une solution pragmatique, nonobstant son étrangeté dans un contexte contractuel.

C'est dans le domaine des contrats de subvention que les dérives les plus évidentes peuvent être observées. Même en faisant abstraction de la position aussi radicale qu'indéfendable du parlement genevois quant à son pouvoir d'abroger les engagements du canton, il n'est pas sain qu'une collectivité publique qui conclut un contrat utilise diverses tech-

riques juridiques pour vider de sa portée le principe *pacta sunt servanda*. Une telle pratique n'est pas conforme au principe de la bonne foi et peut contribuer à miner le crédit de l'Etat. *Pacta sunt servanda* doit conserver pleinement sa force, y compris quand il existe une inégalité de fait entre les parties, parce que l'une est sous la surveillance ou sous la dépendance financière de l'autre. Si la collectivité ne souhaite pas s'engager avec toute la puissance du contrat, elle doit alors y renoncer et en rester au régime de la décision, dont la stabilité est relative.

En définitive, l'important est que la situation soit claire pour la partie non étatique. Que, pour le personnel de l'Etat, le passage au régime contractuel soit plus cosmétique qu'autre chose ne porte guère à conséquence du moment que les droits des membres du personnel sont garantis, ce qui est le cas au niveau fédéral et dans les autres collectivités qui ont opté pour l'engagement par contrat de droit public. En matière de subventions, la discrédence entre la promesse de sécurité du droit induite par le recours au contrat et le risque de modification unilatérale des engagements étatiques est beaucoup plus problématique. Que les bénéficiaires des subventions n'aient, en pratique, pas d'autre choix que d'accepter cette situation ne change rien à son caractère malsain en termes de bonne administration.

## Bibliographie

- ABEGG ANDREAS (2009a), *Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten*, Zurich/Bâle/Genève.
- ABEGG ANDREAS (2009b), « Die Vertragsfreiheit der Verwaltung », *RDS* 2009 I p. 387 ss.
- ABEGG ANDREAS (2010), *Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten*, Berne.
- ADANK NATHALIE F. (2016), *Le contrat de planification*, Genève/ Zurich/Bâle.
- BELLANGER FRANÇOIS (2004), « Le renouveau du contrat de droit administratif », in: BELLANGER/CHAIX/CHAPPUIS/LACHAT (édit.), *Le contrat dans tous ses états*, Berne, p. 289 ss.
- BELLANGER FRANÇOIS, TANQUEREL THIERRY (édit.) (2002), *Les contrats de prestations*, Genève/Bâle/Munich.
- DUBEY JACQUES, ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (2014), *Droit administratif général*, Bâle.
- HÄFELIN ULRICH, MÜLLER GEORG, UHLMANN FELIX (2020), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall.
- HÄNER ISABELLE (2001), « Der verwaltungsrechtliche Vertrag als effizienteres Instrument für den Umweltschutzvollzug », *DEP* 2001 p. 591 ss.
- HÄNER ISABELLE, WALDMANN BERNHARD (édit.) (2007), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zurich.
- MÄCHLER AUGUST (2005), *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege*, Zurich/ Bâle/Genève.
- MÄCHLER AUGUST (2007), « Die Auflösung des verwaltungsrechtlichen Vertrages », in: HÄNER/WALDMANN (édit.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zurich, p. 87 ss.
- MAHON PASCAL, ROSELLO HÉLOISE (2012), « Les réformes en cours du droit de la fonction publique: tendances et perspectives », in: TANQUEREL/BELLANGER (édit.), *Les réformes de la fonction publique*, Genève/Zurich/Bâle, p. 9 ss.
- MOOR PIERRE, POLTIER ETIENNE (2011), *Droit administratif, Vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle*, 3<sup>e</sup> éd., Berne.

Au-delà des apparences: le contrat de droit public est-il vraiment bilatéral?

- MÜLLER GEORG (2007), «Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte», in: HÄNER/WALDMANN (édit.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zurich, p. 25 ss.
- NGUYEN MINH SON (1998), *Le contrat de collaboration en droit administratif*, Lausanne/Berne.
- POLTIER ETIENNE (2011), «La place du contrat dans le droit public des constructions», in: *Journées suisses du droit de la construction 2011*, p. 129 ss.
- RHINOW RENÉ (1979), «Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht», *ZBl* 1979 p. 1 ss.
- RÜTSCHÉ BERNHARD (2016), «Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz», *RJB* 2016 p. 71 ss.
- TANQUEREL THIERRY (2002), «La nature juridique des contrats de prestations», in: BELLANGER/TANQUEREL (édit.), *Les contrats de prestations*, Genève/Bâle/Munich, p. 9 ss.
- TANQUEREL THIERRY (2012), «Droit public et droit privé: unité et diversité du statut de la fonction publique», in: TANQUEREL/BELLANGER (édit.), *Les réformes de la fonction publique*, Genève/Zurich/Bâle, p. 49 ss.
- TANQUEREL THIERRY (2015), «*Pacta sunt servanda* s'applique-t-il au canton de Genève?», in: FAVRE/FLÜCKIGER (édit.), *Droit et culture – Recueil de textes à l'occasion de 75 ans de Pierre Moor*, Lausanne, p. 149 ss.
- TANQUEREL THIERRY (2018), *Manuel de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle.
- TSCHANNEN PIERRE (2016), *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4<sup>e</sup> éd., Berne.
- TSCHANNEN PIERRE, ZIMMERLI ULRICH, MÜLLER MARKUS (2014), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Berne.
- VOGEL STEFAN (2008), «Die *clausula rebus sic stantibus* als Mittel zur Anpassung und Aufhebung von verwaltungsrechtlichen Verträgen», *ZBl* 2008 p. 298 ss.



# La contractualisation en droit administratif belge : entre gris clair et gris foncé

DAVID RENDERS

*Professeur à l'Université catholique de Louvain  
Avocat au barreau de Bruxelles*

AURORE PERCY

*Assistante à l'Université catholique de Louvain  
Auditeur adjoint au Conseil d'État*

L'on ne saurait évoquer le droit administratif sans évoquer l'intérêt général, dès lors que les missions confiées à l'administration relèvent précisément de cet intérêt<sup>1</sup>.

Si l'administration est investie de missions d'intérêt général, la question des instruments mis à la disposition de celle-ci pour mener à bien les missions qui lui sont confiées s'avère plus délicate à traiter : l'administration se trouve face à un éventail d'outils, dont la diversité ne cesse de croître<sup>2</sup>.

De prime abord, l'on pourrait penser que la meilleure manière de permettre à l'administration d'accomplir les missions qui lui sont assignées serait de pouvoir imposer, sans discussion, la volonté qui est la sienne. C'est en ce sens que l'action unilatérale, pouvoir exorbitant de l'adminis-

---

1 Comme l'a écrit l'un de nous, l'administration est « animée par un seul objectif : atteindre ce que le bien public requiert, dans le respect des règles juridiques en vigueur qui s'imposent à cette action » (DAVID RENDERS, *Droit administratif général*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2019, p. 241 et les références citées). Pour d'autres, garantir l'intérêt général est « la raison d'être de l'administration » (PHILIPPE BOUVIER, RAPHAËL BORN, BENOÎT CUVELIER, FLORENCE PIRET, *Éléments de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2013, p. 20). Voir égal. ANDRÉ MAST, ANDRÉ ALEN, JEAN DUJARDIN, *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles 1989, p. 5 ; CYR CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles 1968, p. 7-8.

2 Voir not. PHILIPPE QUERTAINMONT, « Les nouveaux instruments contractuels utilisés par l'Administration et la compétence du juge administratif », *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht* 2000, liv. 1, p. 39-52.

tration, est présentée comme l'outil de l'administration par excellence<sup>3</sup>, la manifestation unilatérale de volonté de l'administration destinée à produire des effets juridiques reflétant l'idée que l'autorité et le destinataire de la norme ne se trouvent pas sur un pied d'égalité et qu'en conséquence, la première peut imposer ses vues au second qui n'aurait d'autre choix que d'obéir<sup>4</sup>.

La voie unilatérale ainsi décrite est – qui le contestera ? – un outil largement utilisé dans tous les domaines du droit administratif. Ainsi en va-t-il de la nomination, de la promotion ou de la sanction d'un fonctionnaire, de la délivrance d'un permis de bâtir ou d'un permis d'exploitation, de l'autorisation d'exercer une profession réglementée, de l'octroi d'un subside, de l'agrément de mise sur le marché d'un médicament, de la fermeture d'un logement pour cause d'insalubrité, de la fermeture d'un établissement pour cause de trouble à l'ordre public, de la sanction administrative infligée à un supporter de football ou à un contribuable. Les actes administratifs unilatéraux foisonnent et sont – on le sait – aussi nombreux que variés.

Si l'action unilatérale est le moyen d'action naturel et privilégié de l'administration, l'on est en droit de se demander si c'est le moyen le plus adéquat en toutes circonstances. L'on ne peut, en effet, s'empêcher de penser qu'imposer unilatéralement sa volonté aux autres pour arriver aux fins qui sont les siennes – fussent-elles d'intérêt général – ne constitue pas toujours la meilleure voie pour aboutir.

---

3 Pour une étude approfondie, voir la thèse de doctorat de MICHEL PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles 1991, p. 450. Voir égal. WALTER VAN GERVEN, *De overheid in het verbintenissenrecht. Hoe blauw is het bloed van de prins?*, Anvers 1984, p. 71; KAAAT LEUS, « Overeenkomsten met de overheid of overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang », in: FELTKAMP/JANSSENS/LEMMENS (éd.), *Ondernemingscontracten stap voor stap*, 2<sup>e</sup> éd., Gand 2013, p. 509; KRIS WAUTERS, AUORE PERCY, « Le visage contractuel de l'administration », in: D'ARGENT/RENDERS/VERDUSSEN (coord.), *Les visages de l'État. Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles 2017, p. 822.

4 MICHEL PÂQUES, « Les conventions sectorielles en matière d'environnement du point de vue du droit public », in: BOCKEN/TRAEST (éd.), *Milieubeleids-overeenkomsten. Conventions sectorielles: Instrument de gestion de l'environnement*, Bruxelles 1991, p. 58.

L'expérience fait, au contraire, apparaître que lorsqu'une demande est formulée, voire qu'une concertation préalable est organisée, le résultat peut s'en trouver plus satisfaisant pour l'ensemble des parties.

Le droit administratif n'a pas manqué d'intégrer cette réalité et d'instituer, en conséquence, un certain nombre de mécanismes qui participent de cette philosophie de bon sens. La relation verticale, au bénéfice de laquelle l'autorité pourrait imposer sa volonté, n'apparaît plus *ipso facto* comme l'instrument le plus adéquat pour atteindre les objectifs d'intérêt général qu'elle s'est assignée.

C'est dans cette perspective que la volonté du destinataire de l'action publique s'est progressivement invitée dans les instruments de régulation. Si l'on y songe, la subvention entendue comme « avantage financier destiné à faciliter la réalisation d'une activité ou d'un projet jugé utile à l'intérêt général »<sup>5</sup> est un montant qui peut, ici, être accordé à une association pour favoriser l'intégration des étrangers, ou, là, à un théâtre pour assurer la programmation de pièces et, ainsi, divertir le public ou éduquer les élèves.

Dans la même perspective, la volonté du destinataire est susceptible d'être prise en compte dans le cadre de l'octroi d'un agrément, de la délivrance d'un permis, ou de la reconnaissance d'une autorisation. L'obtention de ces décisions peut, en effet, être subordonnée au respect de différentes conditions dont certaines sont destinées à ce que les demandeurs adoptent un comportement déterminé<sup>6</sup>. Il en va ainsi lorsque l'octroi de la licence nécessaire à l'activité de production d'électricité implique le respect de certaines obligations portant notamment sur la promotion de l'utilisation rationnelle de l'énergie<sup>7</sup>. Il en va également ainsi lorsque la délivrance d'un permis de bâtir est liée à l'imposition de charges d'urbanisme à travers lesquelles l'administration parvient à obtenir, du demandeur de permis, certaines prestations ou certains investissements<sup>8</sup>.

---

5 DIANE DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des <Partenariats public-privé> (P.P.P.) », in: BRUNO LOMBAERT (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles 2005, p. 193.

6 *Id.*

7 *Id.*

8 DÉOM (n. 5), p. 194.

Dans la même perspective encore, l'on peut songer aux diverses autorisations de police administrative générale, elles aussi parfois conditionnées. À titre d'illustration, l'autorisation d'organiser une manifestation sportive, un spectacle ou une réunion publique requiert, bien souvent, de l'organisateur qu'il prenne certaines précautions, comme engager un service d'ordre privé ou souscrire une police d'assurances<sup>9</sup>.

Par-delà le dialogue et la concertation préalable, les modes d'action de l'administration ont évolué vers un consensualisme pur qui se formalise par un acte juridique bilatéral: le contrat<sup>10</sup>.

Si le contrat n'est, sans doute, pas l'outil par excellence de l'administration, il n'est plus discuté qu'il constitue, lui aussi, un moyen de garantir la protection de l'intérêt général, même si, par nature, il implique l'exécution d'obligations réciproques.

Pour s'en convaincre, il suffit de constater qu'il existe, en droit belge, de nombreux contrats auxquels l'administration est partie: le contrat de vente, le contrat de bail, le contrat d'emphytéose, le contrat d'emprunt, le contrat de programme<sup>11</sup>, le contrat de travail<sup>12</sup>, le contrat de marchés publics, le contrat de concession, le contrat de gestion<sup>13</sup>, le contrat de

---

9 *Id.*

10 Voir JEAN SAROT, « Le contrat, instrument d'organisation des services publics », *Administration publique (trimestriel)* 1976-1977, p. 100-118; KAAAT LEUS, SVEN BAETEN, PIETER-JAN DE BOCK, KOEN LEMMENS, JEREMY OLIVIER, « Enige bedingen omtrent het juridisch kader van de convenanten », *Tijdschrift voor gemeenterecht* 2001, liv. 1, p. 5; JENS DEBIÈVRE, « Het convenant als beleidsinstrument naar Belgisch recht: achtergrond en recente evolutie », *Tijdschrift voor wetgeving* 2002, liv. 8, p. 361-373.

11 L'on classe, en effet, parmi les « contrats économiques », les contrats de programme, lesquels, « eu égard aux engagements des entreprises en termes d'investissement, de recherche, d'emploi, d'exportation, visent à programmer à court terme les prix pratiqués par celles-ci » (BOUVIER/BORN/CUVELIER/PIRET [n. 1], p. 148). Le Professeur PHILIPPE QUERTAINMONT fait état d'une « irrésistible contractualisation du droit public de l'économie » (PHILIPPE QUERTAINMONT, *Droit public économique. Interventionnisme économique des pouvoirs publics*, 4<sup>e</sup> éd., Waterloo 2007, p. 265 ss).

12 Voir ANNE FEYT, « La fonction publique de demain sera-t-elle de carrière ou d'emploi? », *Revue de droit de l'Université Libre de Bruxelles* 2006, liv. 1, p. 224-260.

13 Sur la délicate question de la nature des contrats de gestion, voir not. DAVID DE ROY, « Les contrats de gestion des entreprises publiques ne sont pas... des contrats », *Journal des tribunaux* 2009, liv. 8, p. 140-142; DIANE DÉOM, « Le contrat de gestion démasqué. Variations sur les vrais et faux contrats, les droit subjectifs et la compétence du Conseil d'État », note sous C.E., arrêt *RTBF*, n° 187.032 du 13 oc-

coopération, le contrat d'association<sup>14</sup>, la convention environnementale<sup>15</sup> ou encore, parfois, le contrat – et non simplement l'octroi – de subsides<sup>16</sup>.

Il n'est pas discutable que la contractualisation de l'action administrative se soit imposée dans les faits. Toutefois, en droit belge, de nombreuses questions demeurent autour de ce moyen d'action. Ces questions sont principalement de trois ordres. Il s'agit d'abord de déterminer dans quelle mesure l'administration peut s'engager dans la voie contractuelle (*infra* I). Lorsqu'elle peut s'engager dans cette voie, il s'agit de s'interroger sur le droit qui est alors applicable (*infra* II). Enfin, toujours dans la mesure où l'administration peut s'engager dans la voie contractuelle, il faut encore se demander quel est le juge compétent pour connaître des litiges qui en découlent (*infra* III).

---

tobre 2008, *Administration publique (trimestriel)* 2010, liv. 4, p. 403-425. Voir égal. DAVID DE ROY, « Les contrats d'administration et de gestion : instruments d'autonomie et de contrôle ? », in : JADOUL/LOMBAERT/TULKENS (dir.), *Le paraétatisme. Nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, Bruxelles 2010, p. 115 ss.

- <sup>14</sup> L'on relève, à cet égard, que si la Constitution reconnaît, depuis 1921, expressément aux communes la possibilité de « s'entendre ou s'associer » (Constitution, art. 162, dernier alinéa, anciennement art. 108, dernier alinéa), force est de constater que le procédé de l'association avait déjà été mis en œuvre avant cette habilitation constitutionnelle. Dans un arrêt *Defays* du 6 avril 1922, la Cour de cassation a constaté qu'aucune disposition n'interdisait aux communes de s'associer entre elles, et a dès lors reconnu la légalité d'une intercommunale (Cass., 6 avril 1922, *Pasicrisie*, 1922, I, p. 235). Pour un commentaire critique sur le recours aux associations intercommunales, voir NORMAN VANDER PUTTEN, « Les conditions du capitalisme public intercommunal. Vers un équilibre entre efficacité et contrôle démocratique ? », *Annales de droit de Louvain* 2017, liv. 2, p. 297-351.
- <sup>15</sup> Voir STEVEN VERBEYST, STEVEN LIERMAN, « Het contractueel beleidsinstrument in het omgevingsrecht : een casus bespreking van de activiteitencontracten en -convenanten », *Tijdschrift voor ruimtelijke ordening, omgeving en stedenbouw* 2019, liv. 3, p. 189-201.
- <sup>16</sup> Si la subvention est octroyée par un acte administratif unilatéral, il n'est pas exclu qu'un contrat soit conclu pour définir les modalités de sa mise en œuvre et de son exécution. Le contrat apparaît, alors, comme un accessoire à la décision unilatérale. Voir JULIEN DE BEYS, BENOIT GORS, CHRISTOPHE THIEBAUT, « La procédure d'octroi des subventions », in : DAVID RENDERS (dir.), *Les subventions*, Bruxelles 2011, p. 283 ss.

## I. Le recours à la voie contractuelle

Sur le point de savoir dans quelle mesure l'autorité administrative est habilitée, en droit belge, à s'engager dans la voie contractuelle, deux thèses s'affrontent ou, en tout cas, se distinguent.

- Suivant une *première thèse*, l'administration – pour recourir à la voie contractuelle – devrait disposer d'une habilitation législative sinon expresse, tout au moins implicite, lorsqu'on l'a, par ailleurs, dotée d'un pouvoir d'action unilatérale bien précis pour exercer la mission qu'on lui confie. En d'autres termes, lorsqu'on l'a expressément armée de l'acte unilatéral, l'administration devrait, pour pouvoir conclure un contrat, être autorisée sans ambiguïté par le législateur à opter pour la voie contractuelle<sup>17</sup>.

Cette première thèse repose sur l'idée que le contrat ne serait pas, en particulier dans ces circonstances, l'instrument juridique naturel de l'administration. L'instrument juridique naturel de l'administration serait, au contraire, l'acte administratif unilatéral, symbole de l'*imperium*, emblème de la puissance publique que l'administration exerce. Pour conclure un contrat – et, donc, pour écarter l'instrument privilégié de l'administration dont, par hypothèse, on l'a expressément dotée – une intervention du législateur serait requise, puisqu'elle seule permettrait de sortir du cadre de l'unilatéralité qui aurait, *a priori*, été tracé<sup>18</sup>.

Du reste, le fait qu'il existe, en droit belge, des actes législatifs qui autorisent l'administration à passer contrat serait la preuve qu'il faudrait, à l'administration, une habilitation législative pour s'engager dans la voie contractuelle, et signifierait, *a contrario*, que, sans bénéficiaire d'une telle habilitation, l'administration devrait se contenter d'user de l'acte unilatéral pour arriver à ses fins<sup>19</sup>.

- La *seconde thèse* prend, quant à elle, d'autres contours. Cette thèse part de l'idée que l'administration est un être juridique à part en-

---

<sup>17</sup> En ce sens, voir not. PÂQUES (n. 3), p. 423 ; DIMITRI YERNAULT, « La contractualisation (forcée) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public », *Revue de droit de l'Université Libre de Bruxelles* 2006, p. 67-206, spéc. p. 76.

<sup>18</sup> Voir PÂQUES (n. 3), p. 423.

<sup>19</sup> Pour un examen nuancé de la question, voir LEUS (n. 3), p. 510-516.

tière, qui est tantôt l'État, tantôt la Région, tantôt la Communauté, tantôt la Province, tantôt la Commune, etc., les personnalités morales de droit public étant, en droit belge, particulièrement nombreuses et variées<sup>20</sup>.

Dès lors que l'administration est un être juridique à part entière, celle-ci devrait, par nature – eu égard à la capacité juridique dont elle est dotée – pouvoir conclure des contrats et n'aurait pas à devoir y être habilitée spécialement par le législateur<sup>21</sup>. Pour l'exprimer autrement, tout ce qui, en termes de contrat, ne serait pas interdit, serait permis. Ou, pour l'écrire encore autrement, il n'y a que dans l'hypothèse où un acte législatif interdirait expressément à l'administration de pouvoir conclure un contrat que le recours à cet instrument serait juridiquement exclu<sup>22</sup>.

Le libre choix de la voie contractuelle serait toutefois limité par le respect des principes généraux du droit administratif, tels que le principe de l'indisponibilité des compétences – qui s'oppose à ce que l'administration se défasse de ses compétences légales<sup>23</sup> – le principe de l'exercice effectif du pouvoir d'appréciation – qui empêche l'ad-

---

20 Voir, à ce sujet, YVES LEJEUNE, *Typologie(s) des institutions publiques en Belgique après la sixième réforme de l'État*, Waterloo 2015, p. 118.

21 Cette thèse se fonde sur l'art. 1123 du Code civil, qui dispose que « [t]oute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». DIANE DÉOM estime que les textes qui autorisent expressément le recours à des techniques contractuelles ne fondent pas la compétence de l'administration pour contracter, mais visent à encadrer et à limiter la conclusion de contrats (DÉOM [n. 5], p. 202-203).

22 En ce sens, voir not. WALTER VAN GERVEN, MARIEKE WIJCKAERT, « Overeenkomsten met de overheid », *Tijdschrift voor privaatrecht* 1987, p. 1709 ss; ROBERT ANDERSEN, « Autorité et contrat dans l'administration moderne en Belgique », *Annuaire européen d'administration publique* 1997, p. 35 ss; DÉOM (n. 5), p. 203-205; IRÈNE MATHY, « Être ou ne pas être une personne juridique distincte de l'État, la Communauté ou la Région? L'autonomie avec ou sans personnalité juridique », in: JADOUL/LOMBAERT/TULKENS (dir.), *Le paraétatisme – Nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, Bruxelles 2010, p. 79-80; PATRICK GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2016, p. 643.

23 L'administration ne peut, en effet, en usant d'un instrument contractuel, se défaire des compétences qui lui ont été confiées par les textes. Dans ce contexte, elle doit notamment avoir égard au principe selon lequel l'attribution d'une compétence par une disposition législative emporte le droit, mais également l'obligation, de l'exercer, et au principe de l'interdiction de la délégation. Voir LEUS (n. 3), p. 522-523.

ministration de s'engager contractuellement et à l'avance à prendre une décision déterminée – et le principe d'égalité<sup>24</sup>.

À l'instar des partisans de la première thèse, les partisans de cette seconde thèse tirent également argument du fait qu'il existe, en droit belge, des actes législatifs qui autorisent l'administration à conclure divers types de contrats. Mais ils en infèrent, quant à eux, la reconnaissance explicite – dans divers cadres particuliers – de cette règle plus générale qui voudrait qu'en droit belge, l'administration aurait toujours le droit de conclure des contrats, sauf intervention expresse du législateur en sens contraire.

Sur la question de savoir si l'administration peut recourir au contrat dans l'exercice de ses missions, deux thèses s'opposent en somme, qui reposent sur des logiques différentes.

D'un point de vue pragmatique, l'on ne saurait nier que la seconde thèse s'intègre davantage dans le paysage juridique actuel, dès lors qu'elle procure aux nombreux contrats conclus par l'administration sans habilitation expresse du législateur le fondement qui, sinon, leur ferait défaut.

## II. Le droit applicable au contrat

Si la question de savoir si – et à quelles conditions – l'administration peut s'engager dans la voie contractuelle n'est pas tranchée, il est – on l'a vu – une hypothèse dans laquelle cette prérogative n'est en tout cas pas contestée: celle dans laquelle un acte législatif autorise la conclusion d'un contrat.

Une deuxième question se présente – *a minima* dans ce périmètre –: celle de savoir quelles sont les règles de droit applicables au contrat conclu par l'administration.

S'inspirant du modèle français, le droit belge a historiquement présenté les contrats auxquels l'administration était partie en formant deux ensembles: les *contrats de l'administration*, d'une part; les *contrats administratifs*, de l'autre<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> GOFFAUX (n. 22), p. 644-646.

<sup>25</sup> Voir not. PIERRE WIGNY, *Droit administratif. Principes généraux*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles 1962, p. 247; ANDRÉ BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif*, 1<sup>ère</sup> Partie «Théorie générale du droit administratif belge», 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles 1966, p. 355-

- Le *contrat de l'administration* est présenté comme une convention usuelle de droit privé à laquelle l'administration prend part. Dans un tel contrat, l'administration opèrerait comme un simple particulier, sans être en droit d'user de son pouvoir de commandement. Les parties au contrat seraient, en d'autres termes, sur pied d'égalité : la circonstance que l'administration soit une personne publique ne lui permettrait pas, fût-ce au nom de l'intérêt général, de prendre des mesures unilatérales destinées à préserver cet intérêt, en dépit des clauses contractuelles ou sur la base d'une de ces clauses<sup>26</sup>. C'est dans cette perspective que l'administration s'engagerait dans la conclusion d'un contrat de vente, d'un contrat de bail, d'un contrat d'emphytéose... qui sont autant de contrats usuels de droit privé<sup>27</sup>.
- Le *contrat administratif* est, pour sa part, présenté comme une convention à laquelle l'administration prend part et qui est dictée par les règles de droit privé contractuel, sauf si des règles de droit administratif y dérogent. Pour l'exprimer autrement, le droit privé serait toujours le droit applicable aux contrats administratifs. Mais la circonstance que le contrat en cause est un contrat administratif plutôt qu'un contrat de l'administration tiendrait à l'existence de règles de droit administratif qui viendraient déroger aux règles de droit privé<sup>28</sup>. Le droit com-

---

356; CAMBIER (n. 1), p. 265 ss; MAURICE-ANDRÉ FLAMME, *Droit administratif*, vol. 2, Bruxelles 1989, p. 777 ss; MAST/ALEN/DUJARDIN (n. 1), p. 110 ss. Sur les nuances à apporter à la distinction traditionnelle entre contrats de l'administration et contrats publics, voir KRIS WAUTERS, « Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België », in : DEKETELAERE/D'HOOGHE/DRAYE (dir.), *Liber amicorum Marc Boes*, Bruges 2011, p. 589-606; AURÉLIEN VANDEBURIE, DELPHINE DE VALKENEER, KRIS WAUTERS, « La modification unilatérale d'un contrat public », in : KRIS WAUTERS (coord.), *La modification unilatérale du contrat*, Limal 2018, p. 91-141, spéc. p. 105-111.

<sup>26</sup> Ainsi, par exemple, lorsqu'une commune conclut un compromis de vente, elle ne peut pas se rétracter et peut se voir condamnée à signer l'acte authentique (voir Cass., 24 octobre 1958, *Pasicrisie*, 1959, I, p. 202, arrêt cité par BOUVIER/BORN/ CUVELIER/PIRET [n. 1], p. 150, n° 531).

<sup>27</sup> Voir not. WIGNY (n. 25), p. 254; RENDERS (n. 1), p. 413 et les références citées.

<sup>28</sup> Voir not. RENDERS (n. 1), p. 414.

mun s'appliquerait alors à titre supplétif<sup>29</sup>, en ce sens qu'il devrait « céder le pas aux règles spécifiques du droit administratif »<sup>30</sup>.

Le raisonnement sous-jacent tient au fait que les parties, lorsqu'elles s'engagent dans les liens d'un contrat administratif, ne se trouveraient foncièrement pas sur un pied d'égalité<sup>31</sup>. L'administration devrait se voir reconnaître une « position favorable », dès lors qu'elle agirait en vue de protéger et de promouvoir l'intérêt général, lequel l'emporterait sur l'intérêt privé<sup>32</sup>.

Les règles de droit administratif applicables aux contrats administratifs – dérogoires aux règles de droit privé – seraient de deux ordres. L'on trouverait, d'abord, les règles de droit administratif applicables au contrat administratif en général. Il s'agit, dit-on, en substance<sup>33</sup> : de la règle qui veut que l'administration dispose d'un pouvoir de direction et de contrôle dans l'exécution du contrat<sup>34</sup>; de celle qui veut que l'administration dispose d'un pouvoir de modification unilatérale des clauses contractuelles<sup>35</sup>; de celle qui permet à l'administration d'infliger des sanctions administratives en cas de défaillance du cocontractant; et de celle qui reconnaît à l'administration un pouvoir de résiliation unilatérale, indépendamment de toute faute imputable au cocontractant<sup>36</sup>.

---

<sup>29</sup> Le droit civil est, ainsi, applicable à titre supplétif même lorsque le contrat administratif fait l'objet d'une réglementation spécifique, à l'instar de la réglementation relative aux marchés publics. Voir, à ce sujet, KRIS WAUTERS, THOMAS CAMBIER, « La distinction droit privé – droit public et le droit des marchés publics », *Annales de droit de Louvain* 2012, p. 168.

<sup>30</sup> Voir BOUVIER/BORN/CUVELIER/PIRET (n. 1), p. 146; BENOIT GORS, « Du changement à la mutabilité, en passant par l'adaptation continue: retour sur une loi particulière du service public dominant l'action administrative en général », in: BEN MESSAOUD/VISEUR (coord.), *Les principes généraux de droit administratif: actualités et applications pratiques*, Bruxelles 2017, p. 370 ss.

<sup>31</sup> MAST/ALEN/DUJARDIN (n. 1), p. 110.

<sup>32</sup> BOUVIER/BORN/CUVELIER/PIRET (n. 1), p. 150.

<sup>33</sup> Voir, au sujet de ces quatre règles, RENDERS (n. 1), p. 417-418. En ce sens, voir égal. PATRICK WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 « Théorie générale du contrat », Bruxelles 2011, p. 98.

<sup>34</sup> Voir GORS (n. 30), p. 319, et les références citées.

<sup>35</sup> La question de l'application du principe de mutabilité aux contrats conclus par l'administration reste controversée. Voir GORS (n. 30), p. 366, et les références citées.

<sup>36</sup> Bien que cette position ne soit pas unanime, il est traditionnellement admis que, même dans le silence de la loi et du contrat, l'administration a le droit de résilier un

Au-delà de ces quatre règles de droit administratif applicables aux contrats administratifs en général, l'on trouverait, par ailleurs, les règles de droit administratif applicables à chaque catégorie de contrat administratif. L'on songe, par exemple, aux législations spécifiques relatives au contrat de marché public, au contrat de concession domaniale ou encore au contrat de concession de service<sup>37</sup>.

Si l'on distingue, en droit belge, le contrat de l'administration du contrat administratif, c'est, ainsi, en raison de la différence de régime juridique qui leur est applicable : le contrat de l'administration serait régi par les règles de droit privé, tandis que le contrat administratif serait soumis aux règles de droit privé, sauf application de règles de droit administratif dérogatoires.

Tout n'est pas écrit pour autant.

Certes, la distinction ainsi opérée présente d'indéniables vertus pédagogiques. Mais l'on doit à la vérité d'écrire que cette distinction est, en réalité, réductrice.

Pour dépeindre une réalité plus exacte, trois observations d'importance substantielle doivent encore être formulées.

- Une *première observation* tient à la réalité suivant laquelle toute action de l'administration doit être menée dans le respect de l'intérêt général<sup>38</sup>. La circonstance que les contrats de l'administration sont – dit-on – régis par le droit privé n'implique pas que ces contrats pourraient être conclus et exécutés au nom d'un intérêt distinct de l'intérêt général.

---

contrat si l'intérêt général lui commande de le faire. En ce sens, voir not. LUCIEN-ANDRÉ WAUTIER, « Y a-t-il, en droit belge, des contrats administratifs ? », *J.T.* 1956, p. 65 ; PÂQUES (n. 3), p. 317. Dans un autre sens, voir WALTER VAN GERVEN, MARIEKE WYCKAERT, « Overeenkomsten met de overheid », *Tijdschrift voor privaatrecht* 1987, p. 1737. La résiliation doit, en toute hypothèse, s'accompagner de la réparation du dommage subi par le cocontractant (voir GORS [n 30], p. 382 ss).

<sup>37</sup> Voir not. RENDERS (n. 1), p. 414.

<sup>38</sup> Voir not. WAUTERS/PERCY (n. 3), p. 829. La Cour constitutionnelle a rappelé, à plusieurs reprises, que « [l]es personnes morales de droit public se distinguent des personnes morales de droit privé en ce qu'elles n'ont que des missions de service public et doivent ne servir que l'intérêt général. » (voir, par ex., C.const., arrêt n° 128/2002 du 10 juillet 2002, considérant B.7.2 ; C.const., arrêt n° 32/2003 du 12 mars 2003, considérant B.3).

Du reste, c'est précisément au nom de cet intérêt général que d'aucuns estiment qu'un pouvoir de modification unilatérale des clauses contractuelles et un pouvoir de résiliation unilatérale doivent être reconnus à l'administration, non seulement dans le cadre des contrats administratifs, mais, plus fondamentalement, dans le cadre de tous les contrats publics<sup>39</sup>. Les partisans de cette thèse estiment, en effet, que, dès lors que l'administration sert l'intérêt général, elle jouit de privilèges particuliers qui emportent le pouvoir de modification unilatérale dans le cadre d'une relation contractuelle.

La loi du changement et le principe de mutabilité du service public fondent, ainsi, les prérogatives de modification unilatérale. La poursuite de l'intérêt général justifie, par l'application de ces principes, des entorses au principe de droit civil *pacta sunt servanda*<sup>40</sup>. Michel PÂQUES écrit, en ce sens, que « les nécessités du service public se situent à un degré de la hiérarchie des sources du droit au moins équivalent à la loi des parties »<sup>41</sup>.

- Une *deuxième précision* tient à la réalité suivant laquelle toute action de l'administration doit être menée dans le respect d'un certain nombre de règles et de principes de droit public, qui s'appliquent indifféremment à tout type d'action de l'administration<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Voir not. BENOIT GORS, « Le principe de mutabilité », in: DUMONT/JADOU/LOMBAERT/TULKENS/VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le service public*, t. 2 « Les <lois> du service public », Bruxelles 2009, p. 131-135. Dans le même sens, voir not. VANDEBURIE/DE VALKENEER/WAUTERS (n. 25), p. 91-141; DELPHINE DE JONGHE, GABRIELA DE PIERPONT, « L'influence des principes généraux du droit sur les contrats », in: VAN MEERBEECK/DE BROUX/LÉONARD/LOMBAERT (dir.), *La distinction entre droit public et droit privé: pertinence, influences croisées et questions transversales*, Limal 2019, p. 109-113. D'autres auteurs estiment, en revanche, qu'en optant pour la conclusion d'un contrat, l'administration renonce à son pouvoir de modification unilatérale. Voir, en ce sens, PIERRE JOASSART, INGER DE WILDE, « La modification unilatérale des conditions de travail du personnel contractuel de la fonction publique: l'impossible alchimie », in: JANVIER/DE BECKER (éd.), *Le statut juridique du personnel des services publics en évolution*, Bruges 2015, p. 65-86.

<sup>40</sup> L'art. 1134 du Code civil énonce que « [l]es conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». La possibilité de modifier unilatéralement une convention est parfois considérée comme une « hérésie », tant l'art. 1134 « semble figer l'accord des parties » (PAUL-ALAIN FORIERS, « *Pacta sunt servanda* (portée et limites) », in: *Le droit des affaires en évolution. La modification unilatérale du contrat*, Bruxelles/Anvers 2003, p. 3).

<sup>41</sup> PÂQUES (n. 3), n° 251.

<sup>42</sup> Voir not. RENDERS (n. 1), p. 414.

La circonstance que les contrats de l'administration sont – dit-on – régis par le droit privé, n'emporte pas la possibilité pour l'administration de les conclure au mépris, par exemple, des règles de compétence en droit public ou de la règle d'égalité. À l'instar d'autres prescriptions, ces règles et principes de droit public gouvernent, de façon transversale, l'action de l'administration, que cette dernière soit unilatérale ou bilatérale et quel que soit le contrat en cause. Cette prescription découle du fait que l'autorité publique ne perd, en aucune circonstance, sa qualité lorsqu'elle s'engage<sup>43</sup>.

Pour illustrer le propos, l'on peut songer aux règles qui s'imposent à l'administration lorsque celle-ci est amenée à devoir choisir son co-contractant. Dans cette situation, les principes de transparence et d'égalité s'imposent à l'autorité non seulement lorsque de telles prescriptions sont prévues par des réglementations spécifiques – telles que les réglementations applicables aux marchés publics ou aux contrats de concession – mais ils trouvent également à s'appliquer à tout type de contrat, indépendamment d'une réglementation spécifique<sup>44</sup>. Ils impliquent notamment que l'autorité doit comparer les candidats potentiels et motiver adéquatement le choix du co-contractant.

À cet égard, il échet par ailleurs de relever que la Cour constitutionnelle belge a jugé que le licenciement d'un fonctionnaire engagé sous contrat de travail impose que l'administration procède à une audition préalable du fonctionnaire, au nom des principes de bonne administration et, singulièrement en l'espèce, au nom du principe d'audition préalable<sup>45</sup>. La Cour constitutionnelle fonde son raisonnement sur le

---

43 Voir VANDEBURIE/DE VALKENEER/WAUTERS (n. 25), p. 141.

44 Voir LEUS (n. 3), p. 831.

45 Voir C.const., arrêt n° 86/2017 du 6 juillet 2017 et, à propos du licenciement pour motif grave, C.const., arrêt n° 22/2018 du 22 février 2018. Sur cette question, voir not. VINCENT VUYLSTEKE, STÉPHANIE DE SOMER, « Licenciement des agents contractuels et principe *audi alteram partem* : la Cour constitutionnelle se fait entendre », *Administration publique (trimestriel)* 2017, liv. 3, p. 205-217; HERVÉ DECKERS, « Licenciement pour motif grave et obligation d'audition préalable de l'agent contractuel de la fonction publique : entre évolution et révolution », *Journal des tribunaux du travail* 2018, liv. 1312, p. 274-277; VINCENT VUYLSTEKE, STÉPHANIE DE SOMER, « La Cour constitutionnelle se prononce sur l'application du principe *audi alteram partem* en cas de licenciement pour motif grave », *Administration publique (trimestriel)* 2018, liv. 1-2, p. 86-89; INGER DE WILDE, « Hooren (formele) motiveringsplicht bij het ontslag van een overheidscontractant : een stand van zaken na een woelige periode », *Tijdschrift voor gemeenterecht* 2019, liv. 1,

postulat que « [c]e principe s'impose à l'autorité publique en raison de sa nature particulière, à savoir qu'elle agit nécessairement en tant que gardienne de l'intérêt général et qu'elle doit statuer en pleine et entière connaissance de cause lorsqu'elle prend une mesure grave liée au comportement ou à la personne de son destinataire »<sup>46</sup>. Elle confirme, ainsi, que les principes généraux qui gouvernent l'action administrative restent pleinement applicables dans le cadre de l'action bilatérale.

- Une *troisième précision* tient, enfin, à la réalité suivant laquelle toute action de l'administration doit être menée dans le respect des grandes libertés garanties par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, lorsqu'on est en présence d'un intérêt transfrontalier<sup>47</sup>. La circonstance que les contrats de l'administration sont – dit-on – régis par le droit privé n'implique pas qu'ils pourraient être conclus en méconnaissance de l'égalité et de la transparence requises lors de la cession d'un bien immobilier par voie de vente ou d'emphytéose. Un tel contrat se révélerait discriminatoire à l'égard de cocontractants potentiels d'autres États membres et violerait ainsi le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, comme l'a déjà jugé la justice belge<sup>48</sup>.

Sur le point de savoir quel est le droit applicable au contrat lorsque l'administration a le droit de s'engager dans la voie contractuelle, la réponse n'est, au final, pas aussi nette qu'on peut parfois le lire: si l'on peut sans doute affirmer que les prérogatives de puissance publique n'ont pas

---

p. 2-21; FRANÇOIS BELLEFLAMME, HADRIEN DASNOY, « Une autorité publique prend-elle une décision administrative lorsqu'elle décide de licencier un membre de son personnel contractuel ? », in: VAN MEERBEECK/DE BROUX/LÉONARD/LOMBAERT (dir.), *La distinction entre droit public et droit privé: pertinence, influences croisées et questions transversales*, Limal 2019, p. 163-226.

<sup>46</sup> C.const., arrêt n° 86/2017 du 6 juillet 2017, considérant B.7.

<sup>47</sup> Voir not. MATHIAS AMILHAT, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles 2014, p. 678; DELPHINE DE JONGHE, GABRIELA DE PIERPONT, « L'influence des principes généraux du droit sur les contrats », in: VAN MEERBEECK/DE BROUX/LÉONARD/LOMBAERT (dir.), *La distinction entre droit public et droit privé: pertinence, influences croisées et questions transversales*, Limal 2019, p. 86-92; JEAN-BENOÎT MAISIN, « Affaire UNIS: octroyer des droits exclusifs par la négociation collective requiert-il une mise en concurrence ? », in: NIHOUL/DE BROUX (dir.), *Actualités en droit public économique*, Limal 2017, p. 7-28.

<sup>48</sup> Voir not. C.E., arrêt *s.a. Kinepolis*, n° 233.355 du 23 décembre 2015.

totalemment voix au chapitre dans le cadre des contrats de l'administration et qu'elles l'ont totalement dans celui des contrats administratifs, le reste est moins limpide. La distinction pratiquée en vient même à s'estomper...

### III. Le juge du contrat

À la question de savoir quel est le droit applicable au contrat auquel l'administration est partie succède, enfin, celle de savoir quel est le juge du contrat.

Si en droit français, une différence a été opérée entre les contrats de l'administration et les contrats administratifs, c'est notamment pour la raison que des ordres juridictionnels différents étaient chargés de connaître de ces différents contrats en cas de litige : au juge judiciaire, les contrats de l'administration ; au juge administratif, les contrats administratifs.

Curieusement, les juristes belges se sont inspirés de la distinction entre ces deux catégories de contrats, mais sans en faire de même au sujet des juges, et, même, en rejetant, de façon parfaitement lucide, le dualisme juridictionnel à la Française, dès l'indépendance de la Belgique.

L'on sait, en effet, qu'entre 1800 et 1815, le territoire belge est sous domination française et qu'entre 1815 et 1830, il passe sous domination hollandaise.

En 1830, l'indépendance est arrachée à Guillaume d'Orange. Adoptant une Constitution nouvelle, le Congrès national saisit l'occasion de se débarrasser du juge administratif, jugé trop proche des régimes dictatoriaux en place durant les trente années qui précèdent et suscitant donc la méfiance<sup>49</sup>.

C'est dans ce contexte que l'on opte pour un système juridictionnel moniste<sup>50</sup>, dans lequel est institué, en 1831, le seul juge judiciaire, à qui les

---

<sup>49</sup> HENRI VELGE, *La loi du 23 décembre 1946 instituant en Belgique le Conseil d'État : préparation des lois, contentieux administratif, recours contre les excès de pouvoir, commentaire législatif et doctrinal*, Bruxelles 1947, p. 15 ; égal. DAVID RENDERS, « Préface », in : PHILIPPE BOUVIER, *La naissance du Conseil d'État de Belgique : une histoire française ?*, Bruxelles 2012, p. 15.

<sup>50</sup> Le système juridictionnel n'était, en réalité, pas intégralement et définitivement moniste, dès lors que l'art. 94 de la Constitution (aujourd'hui art. 146) autorisait la

Pères de la Nation décident de confier l'ensemble des litiges, notamment ceux qui opposent le citoyen à l'administration.

Seul rempart contre l'arbitraire de l'administration, le juge judiciaire va, hélas, se montrer timoré quant à l'idée de condamner celle-ci. Il accepte de condamner l'administration lorsqu'elle agit comme personne privée. Mais lorsqu'elle agit en vertu de ses prérogatives de puissance publique, c'est l'immunité juridictionnelle qui surgit aussitôt<sup>51</sup>.

Inquiète à l'idée qu'une juridiction administrative vienne à être créée pour pallier la carence accusée par sa jurisprudence, la Cour de cassation opère, en 1920, un remarquable revirement. Elle juge, désormais, que l'administration peut engager sa responsabilité civile extracontractuelle en toutes circonstances, y compris dans l'exercice de la puissance publique<sup>52</sup>, tentant ainsi de convaincre de l'inutilité d'instituer un juge administratif, mais en vain...

Après plusieurs tentatives avortées<sup>53</sup>, le Conseil d'État de Belgique voit le jour en 1946<sup>54</sup>. Le système alors mis sur pied est celui que l'on connaît encore aujourd'hui : d'un côté, le juge judiciaire compétent pour connaître de tous les litiges, en ce compris ceux qui concernent l'administration ; de l'autre, le juge administratif chargé de trancher, au conten-

---

création d'autres tribunaux par le législateur. Dès 1932, un « Conseil des mines » a ainsi été institué. Voir ROBERT ANDERSEN, « Monisme ou dualisme juridictionnel : un vrai ou un faux dilemme ? », in : *Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Bruges 2007, p. 17 ; JACQUES SALMON, JACQUES JAUMOTTE, ÉRIC THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. I<sup>er</sup>, Bruxelles 2012, p. 19 ss.

51 Voir CAMBIER (n. 1), p. 561 ss ; BRUNO LOMBAERT, FRANÇOIS TULKENS, ASTRID VAN DER HAEGEN, « Cohérences et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », in : HUGUES DUMONT (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles 2007, p. 22.

52 Cass., 5 novembre 1920, *Pasicrisie*, 1920, I, p. 193, concl. Premier Av. gén. PAUL LECLERCQ. L'ouvrage de LOUIS WODON, qui s'oppose à la création d'un Conseil d'État sur le modèle français, mais prône une réorganisation de l'administration a probablement été une source d'inspiration pour la Cour de cassation (LOUIS WODON, *Le contrôle juridictionnel de l'administration et la responsabilité des services publics en Belgique*, Bruxelles 1920, p. 270).

53 Pour un inventaire des initiatives parlementaires et doctrinales visant la création d'une juridiction administrative, voir PHILIPPE BOUVIER, *La naissance du Conseil d'État de Belgique : une histoire française ?*, Bruxelles 2012, p. 33 ss.

54 Loi du 23 décembre 1946 « portant création d'un Conseil d'État », *Moniteur belge* du 9 janvier 1947. Pour un commentaire de la loi, voir VELGE (n. 49), p. 247.

tieux de l'excès de pouvoir, les recours en annulation dirigés contre les actes administratifs unilatéraux<sup>55</sup>.

Appliquée aux contrats conclus par l'administration, l'articulation entre les compétences du juge judiciaire et celles du Conseil d'État est à la fois simple et curieuse :

- elle est simple, car c'est le juge judiciaire, et lui seul, qui, sur papier, est chargé de trancher les litiges portant sur tous les contrats auxquels l'administration est partie, le Conseil d'État n'étant, pour sa part, invité à connaître que des recours en annulation dirigés contre les actes administratifs unilatéraux, à l'exclusion, donc, des contrats ;
- elle est aussi curieuse car, en droit belge, le juge judiciaire est le juge de tous les contrats – à savoir tant les contrats de l'administration que les contrats administratifs – en sorte que la distinction entre contrats de l'administration, d'une part, et contrats administratifs, de l'autre, ne se justifie en tout cas pas de ce point de vue.

Pour être complet, l'on ne saurait toutefois passer sous silence un tempérament à l'affirmation selon laquelle le juge judiciaire est, dans le paysage juridictionnel belge, l'unique juge des contrats. Le Conseil d'État s'est, en effet, invité dans le contentieux des contrats auxquels l'administration est partie et ce, de deux façons : tantôt par une initiative désormais consacrée par le législateur, tantôt par une initiative toujours bel et bien propre et assumée de sa part.

- À l'initiative du législateur, le Conseil d'État est, désormais, tant au contentieux de l'excès de pouvoir qu'en matière de référé adminis-

---

<sup>55</sup> Sur l'articulation des contrôles juridictionnels de l'action administrative en droit belge, voir not. JACQUES VELU, « Le partage des attributions entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État, Extrait des conclusions avant Cass., 10 avril 1987 », *Administration publique (trimestriel)* 1987, p. 292-314 ; BERNARD BLERO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », in : BERNARD BLERO (éd.), *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles 1999, p. 203-267 ; ANDERSEN (n. 50), p. 15-21 ; DIRK VERBIEST, « Juridictionele rechtsbescherming: monistische droom en dualistische realiteit », *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht* 2009, liv. 5, p. 278-303 ; DAVID RENDERS, « Conflits d'attributions au sens de l'article 158 de la Constitution : quand et dans quelle mesure le pouvoir de contrôle du juge judiciaire sur l'action du juge administratif a-t-il été altéré ? », obs. sous Cass., 25 avril 2013, *Revue critique de jurisprudence belge* 2015, p. 109-132.

tratif, le juge de l'attribution des contrats de marchés publics – en tout cas, de la plupart d'entre eux – et d'une partie des contrats de concessions de travaux et de service<sup>56</sup>.

- À son initiative propre et s'inspirant de la jurisprudence administrative française, le Conseil d'État a, par ailleurs, fait sienne la théorie dite de l'acte détachable par laquelle le Conseil d'État détache du contrat la manifestation de volonté de l'administration destinée à rencontrer une autre manifestation de volonté, rendant, par-là, cette manifestation de volonté de l'administration artificiellement unilatérale et l'assujettissant au contentieux de l'excès de pouvoir<sup>57</sup>. Le Conseil d'État en avait, du reste, décidé ainsi concernant la décision par laquelle l'administration attribuait un marché public, avant que le législateur ne lui confie expressément ce contentieux<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Loi du 17 juin 2013 « relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions », *Moniteur belge* du 21 juin 2013. Sur le contentieux des marchés publics, voir not. DAVID RENDERS, CAROLINE DELFORGE, KEVIN POLET, *Principes élémentaires du droit des marchés publics*, Bruxelles 2018, p. 89-116.

<sup>57</sup> Voir DOMINIQUE LAGASSE, « La théorie des actes détachables sont-elles de l'impasse ? », note sous C.E., arrêt n° 142.998 du 14 avril 2005, *Journal des tribunaux* 2005, p. 624 ss; PIERRE NIHOUL, « Le Conseil d'État et les marchés publics; je t'aime, moi non plus », *Entreprise et droit* 2005, p. 47 ss; KRIS WAUTERS, THOMAS CAMBIER, « Illégalité de l'acte détachable: quels sont les effets une fois le contrat conclu ? », in: *Le temps et le droit. Hommage au Professeur Closset-Marchal*, Bruxelles 2013, p. 607-633; GOFFAUX (n. 22), p. 40-52.

<sup>58</sup> Voir PHILIPPE QUERTAINMONT, « Le contentieux de la passation des marchés publics devant le Conseil d'État: tendances récentes », *Liber amicorum Robert Andersen*, Bruxelles 2009, p. 617 ss; MICHEL LEROY, *Contentieux administratif*, 5<sup>e</sup> éd., Limal 2011, p. 236 ss; FRANÇOIS BELLEFLAMME, « L'annulation de la décision d'attribution d'un contrat administratif et ses conséquences civiles », *Administration publique (trimestriel)* 2011, p. 264-265; GAËTAN VAN HOOREBEKE, « La théorie de l'acte détachable en matière de marchés publics », *Entreprise et droit* 2013, liv. 4, p. 407-420. Depuis l'adoption de la loi du 23 décembre 2009 « introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours » dans la loi du 24 décembre 1993 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services » (*Moniteur belge* du 28 décembre 2009), le législateur a expressément ouvert un recours contre la décision d'attribution du contrat de marché public. Le contentieux est actuellement régi par une loi du 17 juin 2013. Si le pouvoir adjudicateur est une autorité administrative au sens des lois coordonnées « sur le Conseil d'État », le recours sera porté devant le Conseil d'État. Dans le cas contraire, il sera porté devant le juge judiciaire (loi du 17 juin 2013 « relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics,

La juridiction administrative en fait de même avec d'autres types de contrats : les contrats de concession<sup>59</sup>, les contrats de travail<sup>60</sup> et même les contrats de l'administration, par exemple le contrat de bail à ferme, le contrat de vente ou encore le contrat d'emphytéose<sup>61</sup>.

En résumé, le Conseil d'État s'est rendu compétent s'agissant d'examiner la légalité de tous les actes d'attribution de contrats auxquels l'administration est partie, sur la base de la théorie de l'acte détachable qui fait, l'espace d'un contrôle juridictionnel, d'un contrat, un acte administratif unilatéral.

- Enfin, toujours à son initiative propre, le Conseil d'État – qui n'avait « comme » pas osé, jusqu'alors, s'aventurer au-delà de l'attribution des contrats – s'est, depuis une douzaine d'années, déclaré compétent pour connaître, au contentieux de l'excès de pouvoir, de décisions par lesquelles une administration résiliait unilatéralement un contrat de concession domaniale, sur la base, non d'une clause contractuelle dont les parties seraient convenues réciproquement, mais du pouvoir exorbitant dont l'administration dispose en vertu du droit administratif en matière de contrats administratifs<sup>62</sup>.

Voici, donc, que sur le point de savoir qui est le juge du contrat auquel l'administration est partie lorsqu'elle s'engage dans la voie contractuelle, la réponse, qui aurait pu être sans hésitation le juge judiciaire, peut aussi être le Conseil d'État, voire, dans certains cas, doit être le Conseil d'État, à l'exclusion du juge judiciaire.

---

de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions », *Moniteur belge* du 26 juin 2013, spéc. art. 14, 15 et 24).

<sup>59</sup> Voir not. RENDERS (n. 1) p. 434-435.

<sup>60</sup> Voir not. C.E., arrêt *Cuvelier*, n° 240.300 du 22 décembre 2017.

<sup>61</sup> Voir not. C.E., arrêt *s.a. Kinopolis*, n° 233.355 du 23 décembre 2015.

<sup>62</sup> Voir not. C.E., arrêt *Rudelopt*, n° 174.964 du 25 septembre 2007; égal. C.E., arrêt *A.S.B.L. Jobelix*, n° 238.244 du 18 mai 2017. Voir égal. PATRICK GOFFAUX, « La théorie de l'acte détachable et les actes postérieurs à la conclusion du contrat : l'exemple de la résiliation d'une concession domaniale », *Administration publique (trimestriel)* 2009, liv. 3, p. 194-215; RAPHAËL BORN, « La résiliation d'une concession, le motif d'intérêt général et la compétence du Conseil d'État – Rapport du 20 septembre 2016 », *Marchés et contrats publics* 2017, liv. 3, p. 347-364.

L'on note qu'au-delà du fait qu'elle s'autorise à détacher la volonté unilatérale de l'administration du contrat, la jurisprudence belge en tire certaines conséquences en termes d'application du droit substantiel.

Ainsi, l'exigence de motivation formelle des actes administratifs unilatéraux<sup>63</sup> est, d'une manière ou d'une autre, applicable à tous les actes d'attribution des contrats, car ces actes sont détachables et présentent, ce faisant, l'unilatéralité qui les fait tomber sous le coup de l'exigence de la motivation formelle. En revanche, la lettre de licenciement d'un fonctionnaire employé sous contrat, qui n'est pas considéré comme un acte détachable du contrat, ne doit pas être motivée en la forme en vertu de la loi sur la motivation formelle des actes administratifs unilatéraux. Tel est, en tout cas, la position de deux cours suprêmes belges : la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle<sup>64</sup>.

\*

En guise de conclusion, l'on se pose cette question simple : y a-t-il un droit des contrats administratifs en Belgique ?

Il y a, tout d'abord, que le fait même pour l'administration de pouvoir passer contrat fait – certes en partie seulement – déjà débat.

Il y a, ensuite, que le droit applicable au contrat est tantôt le droit civil, tantôt le droit administratif général, tantôt le droit administratif de l'acte administratif unilatéral, tantôt seulement un droit administratif des contrats, qui varie sans vraiment varier, mais en variant quand même.

---

<sup>63</sup> Voir la loi du 29 juillet 1991 « sur la motivation formelle des actes administratifs », *Moniteur belge* du 12 septembre 1991 ; PIERRE JADOUL, SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK (dir.). *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles 2005, p. 379.

<sup>64</sup> Cass., 12 octobre 2015, *Revue de droit communal*, 2016, liv. 1, p. 11 ; C.const., arrêt n° 84/2018 du 5 juillet 2018. Voir not. FRANÇOIS BELLEFLAMME, « Motivation formelle et motivation matérielle du licenciement d'un travailleur contractuel dans le secteur public », *Revue de droit communal* 2019, liv. 2, p. 6-13 ; STEVE GILSON, FRANCE LAMBINET, « La motivation (formelle et substantielle) du licenciement des contractuels du secteur public », *Journal des tribunaux du travail* 2019, liv. 1328, p. 53-59 ; VINCENT VUYLSTEKE, STÉPHANIE DE SOMER, « Motivation formelle du licenciement des agents contractuels du secteur public : la Cour constitutionnelle entre en jeu », *Journal des tribunaux* 2019, liv. 6762, p. 162-165.

Enfin, quant à savoir qui est le juge des contrats, il s'agit, entre juge judiciaire et juge administratif, de jongler avec des jurisprudences subtiles et évolutives qui peuvent, dans certains cas, finir par conduire le plaideur à saisir les deux juges en parallèle pour être sûr que l'un le soit à bon droit sans savoir, à l'avance, celui dont il sera question.

L'on n'ira pas jusqu'à prétendre qu'il n'existe pas de droit belge des contrats auxquels l'administration est partie. Mais, puisque la France nous a tant inspirés dans le champ qui nous occupe, c'est à la personnalité la plus appréciée des Français que les mots de conclusion sont empruntés, pour écrire qu'à notre sens, le droit belge des contrats auxquels l'administration est partie, est un droit coloré... « entre gris clair et gris foncé »<sup>65</sup> ...

---

<sup>65</sup> Pour ceux qui l'ignorent, « Entre gris clair et gris foncé » est le titre donné par Jean-Jacques GOLDMAN à un album sorti en 1987.



# Le droit allemand des contrats administratifs : aspects choisis

ULRICH STELKENS\*

*Professeur de droit public à l'Université allemande des  
sciences administratives de Spire  
(Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)*

*Senior Fellow à l'Institut allemand de recherche sur  
l'administration publique de Spire  
(Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer)*

## I. Introduction

L'avantage de faire un exposé des « aspects choisis » d'un sujet, c'est qu'on peut librement choisir les aspects sur lesquels on souhaite se concentrer. Comme ligne directrice de ce choix, j'ai opté pour une présentation

---

\* L'auteur remercie Dr. Maria Kordeva, collaboratrice scientifique à la Chaire de droit public français de l'Université de la Sarre, pour l'aide apportée à la rédaction de ce texte en français. L'auteur a souhaité garder le style informel du texte qui est issu d'une intervention orale. Il est conscient que cet article contient un nombre inhabituel d'auto-citations. Ils doivent être compris essentiellement comme des références pour une étude plus approfondie et comme une source de références bibliographiques et de jurisprudence.

L'« art » de citation des textes de lois est assez élaboré en Allemagne. Les alinéas d'un paragraphe (§) ou d'un article sont cités par des chiffres romains, les phrases d'un alinéa sont citées par des chiffres arabes, les textes de loi sont cités par leur abréviation (souvent) officielle. Ainsi « § 168 I 1 GWB » veut dire : « première phrase du premier alinéa du paragraphe 168 du *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* ». Liste des abréviations allemandes utilisées dans ce texte : *BauGB* = *Baugesetzbuch* (Code fédéral de l'urbanisme) ; *BGB* = *Bürgerliches Gesetzbuch* (Code Civil allemand) ; *BGH* = *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice) ; *BGHZ* = *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (recueil des décisions du BGH en droit civil) ; *BT-Drs.* = *Bundestagsdrucksachen* (documents de travail du Bundestag dans lesquels se trouvent aussi les travaux préparatoires des lois) ; *DÖV* = *Die Öffentliche Verwaltung* (revue) ; *GWB* = *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (loi relative aux restrictions de concurrence) ; *JuS* = *Juristische Schulung* (revue) ; *NVwZ* = *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (revue) ; *VerwArch* = *Verwaltungsarchiv* (revue) ; *VVDStRL* = *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (série de publications de l'Association des professeurs allemands de droit public) ; *VwVfG* = *Verwaltungsverfahrensgesetz* (loi relative à la procédure administrative non contentieuse).

des aspects saillants du droit allemand des contrats administratifs qui démontrent tant de la spécificité du système contractuel allemand que de sa relative adaptabilité. J'utilise ici le terme « contrat administratif » comme synonyme de l'expression « contrat de l'administration »<sup>1</sup> (*Verwaltungsvertrag*). Ainsi, sont considérés comme des « contrats administratifs » tous les contrats, indépendamment de leur nature juridique, dont l'un des cocontractants est une entité publique (un organisme de droit public)<sup>2</sup>. Utiliser le terme « contrat administratif » ne signifie pas qu'il existerait une figure du contrat administratif « à la française » transposée en droit allemand<sup>3</sup>. Dans cette perspective, je ne vais pas traiter des spécificités des contrats conclus entre personnes publiques. Cette démarche permet d'exclure les problèmes soulevés par les contrats conclus entre différentes entités publiques (concernant par exemple la collaboration entre communes ou entre organismes de sécurité sociale)<sup>4</sup>. Ces contrats de « coordination » entre personnes publiques ont un caractère spécial, car ils modifient la répartition des compétences entre services administratifs, ce qui justifie à la fois leur classification dans le droit de l'organisation administrative (*Verwaltungsorganisationsrecht*) et leur exclusion du présent exposé<sup>5</sup>. En outre, je me limiterai aux questions liées aux conditions de validité des contrats administratifs allemands et à leur exécution. Ainsi, je ne traiterai guère des problèmes liés à la législation

---

1 Sur les raisons de l'emploi du terme « contrat de l'administration », préférable dans le contexte du droit comparé: MICHEL FROMONT, « L'évolution du droit des contrats de l'administration », in: NOGUELLOU/STELKENS (édit.), *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, 2010, p. 263 ss, p. 264.

2 Cela correspond à l'usage du terme « *Verwaltungsvertrag* » qui prévaut aujourd'hui dans la doctrine allemande, cf. HARTMUT BAUER, « *Verwaltungsverträge* », in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE (édit.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, 2<sup>e</sup> éd., Munich, 2012, § 36 n° 70 ss.

3 Cf. HANNAH SCHRÖDER, ULRICH STELKENS, « Le contentieux des contrats publics en Allemagne », *RFDA* 2011, p. 16 ss.

4 Ne sont pas traitées ici les particularités des conventions d'objectifs et de gestion « intra-institutionnelles » entre les organes de la même entité publique (*Zielvereinbarungen*) qui sont utilisés par les services administratifs qui adhèrent (encore) au *New Public Management*. Ces accords ne sont que rarement considérés comme de véritables contrats créant de véritables droits: Cf. BAUER (n. 2), § 36 n° 54 ss.

5 Sur les particularités du *Verwaltungsorganisationsrecht* et les relations juridiques entre personnes publiques en droit allemand cf. ULRICH STELKENS, « Les litiges entre personnes publiques en Allemagne », *Droit administratif* 2017 8/9, p. 14 ss.

allemande relative aux marchés publics et à la transposition en droit allemand des directives de l'Union européenne en la matière<sup>6</sup>.

Pour commencer, j'esquisserai la conception générale allemande du contrat administratif (II), afin de pouvoir ensuite me pencher sur ses deux dimensions : théorique et pratique (III). J'expliquerai ensuite que le législateur et la doctrine conçoivent le contrat administratif plutôt comme un *Lebensgefühl* (expression qui appelle des précisions supplémentaires qui viendront au cours de cet exposé) que comme un moyen d'action de l'administration, ce qui ne manque pas de poser des problèmes lors de la phase d'exécution du contrat (IV). L'instrument contractuel sera ensuite envisagé en tant qu'alternative inachevée à l'acte administratif unilatéral (V). Enfin, la relation entre le principe de légalité et le principe *pacta sunt servanda* – qui peut être compris comme une expression du principe de sécurité juridique en droit des contrats administratifs – fera l'objet de la dernière partie de notre réflexion (VI).

## II. La conception allemande du contrat administratif

Indépendamment de l'ordre juridique, si l'on considère uniquement les prestations convenues dans le contrat, on peut classer les contrats administratifs (excepté les contrats entre personnes publiques) en deux catégories.

Font partie de la *première catégorie de contrats administratifs* les contrats qui, en raison de leur objet, pourraient aussi être conclus entre personnes privées parce que toutes les prestations prévues dans le contrat pourraient être honorées par une personne privée sur la base du droit privé. Dans ce cas de figure, le seul aspect permettant de distinguer le contrat administratif des contrats conclus entre personnes privées, est que l'un des cocontractants est une entité publique. Entrent dans cette catégorie de contrats administratifs, entre autres, tous les contrats de vente (indépendamment de la qualité d'acheteur ou de vendeur de l'administration contractante), les contrats de location et de bail (indépendamment de la qualité de bailleur/loueur ou locataire/preneur de l'administration

---

<sup>6</sup> Cf. sur le droit allemand des marchés publics ULRICH STELKENS, « Le contrôle et le contentieux des contrats publics en Allemagne », in : FOLLIOU-LALLIOT/TORRICELLI (édit.), *Contrôles et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of public contracts*, Bruxelles, 2019, p. 33 ss.

contractante), les contrats de construction, les contrats de prêt et de financement, les contrats servant à établir une société de droit privé (comme une société anonyme) et, voire même, des contrats de subvention; l'hypothèse d'un contrat de subvention entre personnes privées n'est pas sans fondement. Au contraire, il existe beaucoup des dotations affectées sur la base de contrats entre personnes privées (comme des conventions de bourse, des accords de financement de la recherche par des associations et fondations à but non lucratif, des dons affectés, du parrainage, etc.) qui ne sont pas considérés comme des contrats de donation.

En vue de l'analyse de cette première catégorie des contrats administratifs, la question qu'il convient de se poser est celle de savoir si le seul fait qu'une des parties contractantes soit une personne publique justifie de prévoir des conditions de validité et un régime d'exécution de ces contrats qui diffère de ce qui prévaut en droit privé des obligations. En effet, ce régime serait applicable si le contrat était conclu entre personnes privées. Chaque prérogative de l'administration vis-à-vis de son cocontractant peut donc être considérée comme un privilège de l'administration « exorbitant de droit commun » nécessitant une justification pour ne pas paraître arbitraire (en prenant également en considération l'égalité des citoyens devant les charges publiques).

Font partie de la *deuxième catégorie de contrats administratifs* les contrats qui, en raison de leur objet, ne peuvent être conclus qu'avec l'implication de personnes publiques, parce qu'il s'agit de contrats ayant pour objet de soumettre l'exercice des pouvoirs publics au régime contractuel ou de permettre le transfert de prérogatives de puissance publique à une personne privée qui peut ainsi, en vertu du contrat, agir à l'égard des administrés en son nom propre comme une autorité administrative. De tels contrats ne peuvent pas être utilement conclus entre personnes privées du fait que celles-ci ne disposent simplement pas de prérogatives de puissance publique. Ces personnes privées ne peuvent ni limiter leur exercice ni les déléguer à une autre personne; pour une personne privée, il est par exemple objectivement impossible d'édicter un acte administratif unilatéral comme un permis de construire. Un « permis de construire » édicté par une personne privée n'est pas un acte administratif mais constitue une usurpation de fonctions publiques.

Au regard de cette deuxième catégorie de contrats administratifs, la question, qu'il convient de se poser et à laquelle le droit de chaque État doit donner une réponse, est d'abord de déterminer si l'administration peut effectivement s'engager par contrat, conclu avec une personne privée, à exercer ses prérogatives de puissance publique de manière définie ou même de les déléguer. Une telle action contractuelle de l'administration est-elle possible ? Est-ce que de tels contrats peuvent créer des droits et des obligations pour les cocontractants ? Grand nombre d'ordres juridiques ne connaissant pas cette catégorie de contrats administratifs ou l'admettent seulement dans des cas précis prévus par le droit administratif spécial. Si le droit administratif de l'ordre juridique visé prévoit de tels contrats, la question se pose alors de savoir si les conditions de conclusion et d'exécution de ces contrats peuvent être soumises à un régime semblable au droit privé des obligations ou s'il convient plutôt de développer un régime spécial, plus proche du régime des actes administratifs unilatéraux, en reflétant les prérogatives de puissance publique.

La distinction mise en évidence entre les deux catégories de contrats administratifs pourrait conduire à l'hypothèse qu'elle correspond à la délimitation du champ d'application du droit privé (entendu ici en tant que « droit commun ») dans beaucoup d'ordres juridiques. Hélas, la réalité est plus complexe. En effet, à l'aune des travaux menés dans le cadre du réseau « *Public Contracts in Legal Globalization/Contrats publics dans la globalisation juridique* »<sup>7</sup>, ainsi que des discussions menées dans le cadre de la préparation du « *Book IV* » sur les « *Contracts* »<sup>8</sup> des « *ReNEUAL-Models Rules on EU Administrative Procedures* »<sup>9</sup>, il est

---

<sup>7</sup> <<https://www.public-contracts.org>>.

<sup>8</sup> Pour la ligne directrice de ce « *Book IV* » : ULRICH STELKENS, « *Vertragsverfahren als Gegenstand von Buch IV des ReNEUAL-Musterentwurfs* », in : SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (édit.), *ReNEUAL-Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensrecht – Fachtagung am 5. und 6. November 2015 im Bundesverwaltungsgericht in Leipzig und Dokumentation zum Verordnungsentwurf des Europäischen Parlaments vom 9. Juni 2016 – Tagungsband*, Munich, 2016, p. 165 ss.

<sup>9</sup> Une version anglaise actualisée a été publiée sur le site web de ReNEUAL <<http://www.reneual.eu>>. Cette version de 2015 constitue la base de la version imprimée en anglais des règles modèles, y compris des introductions et des explications améliorées sur le plan linguistique. La version imprimée anglaise a été publiée et contient un chapitre comparatif supplémentaire : PAUL CRAIG, HERWIG HOFMANN, JENS-PETER SCHNEIDER, JACQUES ZILLER, *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, Oxford, 2017. Pour une traduction française des ReNEUAL

possible d'observer que certains ordres juridiques, dont l'Allemagne, ont tendance de prendre le droit des obligations comme « idée directrice » du droit de tous les contrats administratifs, y compris pour les contrats relevant de la deuxième catégorie. Dans ces pays, les cocontractants d'un contrat administratif se trouvent en principe sur un pied d'égalité et les prérogatives de l'administration constituent l'exception. D'autres systèmes juridiques, tels que la France, suivent plutôt le modèle « inégalitaire » du droit des contrats administratifs : l'application des règles de droit privé prévoit même l'exception concernant les contrats administratifs de la première catégorie et il existe de multiples prérogatives de l'administration envers son cocontractant.

De plus, dans un grand nombre d'ordres juridiques, on cherche à savoir si, et dans quelle mesure, l'action contractuelle administrative doit respecter les principes généraux du droit administratif, les droits fondamentaux du cocontractant et les principes de non-discrimination en négociant et en exécutant un contrat administratif. Il convient de s'interroger s'il existe une véritable « liberté contractuelle » de l'administration en matière de contrats administratifs. La question se pose de savoir si, pendant la phase de conclusion et la phase d'exécution du contrat, l'administration est soumise aux règles écrites ou non-écrites de la procédure administrative non-contentieuse. Ces questions se posent indépendamment de la classification du contrat et indépendamment de la position du droit administratif national s'agissant de l'égalité ou l'absence d'égalité des cocontractants. Le droit des marchés publics est, en principe, l'illustration la plus claire de ce phénomène. Pourtant, si l'on admet que la liberté contractuelle de l'administration peut être limitée par les droits fondamentaux et d'autres principes de droit administratif ayant pour but de limiter les pouvoirs de l'administration vis-à-vis de l'administré, la question des conséquences juridiques en cas de leur violation par l'administration se pose immédiatement.

En conséquence de ces considérations préliminaires, il n'est peut-être pas surprenant que la conception allemande des contrats administratifs combine des caractéristiques d'apparence contradictoires. On peut partir du principe que c'est le droit civil qui s'applique naturellement

---

Model Rules cf. HERWIG HOFMANN, JENS-PETER SCHNEIDER, JACQUES ZILLER, *La codification de la procédure administrative de l'Union européenne – Le modèle ReNEUAL*, Bruxelles, 2017.

à tous les contrats. La plupart des contrats de marchés publics et de gestion du patrimoine public, mais aussi des contrats de travail avec les agents contractuels du secteur public et même souvent des contrats de subvention, de concession, de privatisation et des partenariats publics-privés sont ainsi considérés en droit allemand comme des contrats de droit privé auxquels, en principe, les règles (habituelles) de droit privé sont applicables<sup>10</sup>. Ainsi, concernant ces contrats administratifs, le principe d'égalité des cocontractants devient prépondérant, en combinaison avec le principe « *pacta sunt servanda* ». En Allemagne, c'est même l'expression d'un principe constitutionnel : le « principe de soumission de l'administration au droit civil » (*Grundsatz der Privatrechtsbindung der Verwaltung*). Il est considéré comme une exigence de l'État de droit et de l'égalité devant la loi<sup>11</sup>. Selon ce principe, l'administration est soumise aux mêmes règles que les personnes privées et soumise à la juridiction du juge ordinaire quand elle conclut un contrat de droit privé. Dans cette situation, l'administration ne possède donc *ipso iure* aucune prérogative exorbitante vis-à-vis de son cocontractant : si elle veut faire exécuter les obligations incombant à son cocontractant, elle doit agir en justice (devant le juge ordinaire) comme tout un chacun et elle peut être poursuivie pour non-exécution du contrat par son cocontractant comme tout un chacun également (devant le juge ordinaire)<sup>12</sup>. Ainsi, l'administration ne peut ni modifier ou résilier unilatéralement un contrat, ni sanctionner son cocontractant si ce n'est pas prévu par les règles spéciales du droit (civil) des obligations ou par les clauses du contrat. Le juge pour sa part ne pourra ni résilier ni modifier le contrat. En cas d'illégalité, il ne peut

---

10 ULRICH STELKENS, HANNA SCHRÖDER, « Allemagne/Germany », in : NOGUELLOU/STELKENS (édit.), *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, 2010, p. 307 ss.

11 Cf. pour ce principe clé du droit administratif allemand : JENS-PETER SCHNEIDER, « The Public-Private Law Divide in Germany », in : MATTHIAS RUFFERT (édit.), *The Public-Private Law Divide : Potential for Transformation*, Londres, 2009, p. 85 ss, p. 94 ; ULRICH STELKENS, « The Public-Private Law Divide in Germany », *Ius Publicum Network Review* 2011, p. 1 ss (<[www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com)>) ; STELKENS/SCHRÖDER (n. 10), p. 313 ss ; pour aller plus loin KLAUS BITTERICH, *Vergabeverfahren und Bürgerliches Recht*, Baden-Baden, 2013, p. 179 ss ; ULRICH STELKENS, *Verwaltungsprivatrecht*, Berlin, 2005, p. 52 ss.

12 JOHANNES MASING, « Les prérogatives de contrôle exercées par l'administration relativement à l'exécution des marchés publics en Allemagne », in : MARCOU/FOLLIOT-LALLIOT/GORDON/SCHOONER/SCHWARTZ/YUKINS (édit.), *Le contrôle des marchés publics*, Paris, 2009, p. 311 ss ; SCHRÖDER/STELKENS (n. 3), p. 16 ss.

en principe que constater l'invalidité (*ex tunc*) des clauses concernées si les conditions de nullité de droit commun sont remplies<sup>13</sup>.

Le législateur allemand considère donc le droit privé – surtout le droit des obligations codifié dans le Code Civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) – comme le « droit naturel » de tous les contrats administratifs, même ceux de la deuxième catégorie. Ceci se reflète clairement dans les dispositions des §§ 54 et suivants de la loi sur la procédure administrative non contentieuse (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*)<sup>14</sup>. Même s'il s'agit de règles qui ont été créées surtout pour rendre possible les contrats administratifs de la deuxième catégorie décrite ci-dessus, notamment § 59 I VwVfG<sup>15</sup> et § 62 phrase 2 VwVfG<sup>16</sup> se réfèrent au droit privé.

En même temps, les dispositions des §§ 54 et suivants VwVfG expriment une certaine méfiance vis-à-vis de l'action contractuelle de l'administration. Les cocontractants doivent être protégés contre le risque d'être « trompés » ou « escroqués » par l'administration ce qu'exprime clairement le § 56 I VwVfG en codifiant le principe de « l'interdiction de couplage » (*Koppelungsverbot*) comme suit :

« Il peut être conclu un contrat de droit public au sens du § 54, deuxième phrase, dans lequel le cocontractant de l'autorité administrative s'engage à fournir une contre-prestation si la contre-prestation est convenue dans le contrat pour un but déterminé et sert à l'autorité administrative pour l'accomplissement de ses missions publiques. La contre-prestation doit être adéquate compte tenu de l'ensemble des

<sup>13</sup> Pour aller plus loin, STELKENS/SCHRÖDER (n. 10), p. 326 ss.

<sup>14</sup> Une traduction française de la version actuelle de la VwVfG par *Christian Autexier, Anne Cathaly-Stelkens, Helene Langlois (actualisé par Maria Kordeva, Philippe Cosalter, Ulrich Stelkens)* est disponible sous : <<http://www.bijus.eu>>. Pour un aperçu du contenu de la VwVfG : CHRISTIAN AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, 1997, n° 266 ss. ; ANNE JACQUEMENT-GAUCHÉ, ULRICH STELKENS, « Caractères essentiels du droit allemand de la procédure administrative », in : AUBY/PERROUD (édit.), *Droit comparé de la procédure administrative/Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruxelles, 2016, p. 15 ss. ; JENS- PETER SCHNEIDER, « Germany », in : JEAN-BERNARD AUBY (édit.), *Codification of Administrative Procedure*, Bruxelles, 2014, p. 203 ss.

<sup>15</sup> « Un contrat de droit public est nul et non avenu quand son inexistence découle de l'application par analogie des dispositions du Code Civil. »

<sup>16</sup> « Les dispositions du Code civil sont applicables par analogie à titre complémentaire. »

circonstances et avoir un lien logique avec la prestation contractuelle de l'autorité administrative. »

Cette règle est à la fois stricte – en cas de non-respect le contrat est considéré comme inexistant (§ 59 II N° 4 VwVfG) – et vague. Le § 56 I VwVfG montre clairement qu'il existe une tendance à considérer les problèmes de l'action administrative contractuelle principalement dans la nécessité de protéger le citoyen contre les abus de pouvoir de l'administration en tant que partie contractante supérieure. De plus, on peut déceler une certaine inquiétude quant à la légalité de l'action administrative : la crainte d'un danger de contournement des dispositions légales par le contrat est formulée. Ainsi, les dispositions des §§ 54 et suivants VwVfG ont été qualifiées à juste titre d'« accumulation plus ou moins sporadique de mesures de précaution pour prévenir les abus de pouvoir »<sup>17</sup>.

En outre, les juridictions ordinaires ont développé une sorte de droit privé spécifique applicable à l'administration, dit « droit privé de l'administration » (*Verwaltungsprivatrecht*)<sup>18</sup>, qui permet notamment d'interpréter des notions générales de droit civil comme par exemple « la bonne foi » (§ 242 BGB), « les bonnes mœurs » (§ 138 BGB) ou « la prohibition légale » (§ 134 BGB) de manière à prendre en compte les obligations spécifiques *de droit public* de l'administration. Ainsi, un contrat de droit privé ou une clause d'un tel contrat peuvent être nuls parce que leur contenu est contraire aux droits fondamentaux ou à d'autres éléments de l'État de droit<sup>19</sup>. Il convient de souligner que le respect du principe de « l'interdiction de couplage », exprimé par le § 56 VwVfG, est aussi considéré applicable aux contrats administratifs de droit privé. Son non-respect est compris comme une atteinte aux bonnes mœurs au sens du § 138 I BGB, ce qui peut entraîner l'inexistence du contrat. Nous y reviendrons.

---

<sup>17</sup> FRITZ OSSENBÜHL, « Die Handlungsformen der Verwaltung », *JuS* 1979, p. 681 ss, p. 684.

<sup>18</sup> Ce néologisme inventé par HANS JULIUS WOLFF (*Verwaltungsrecht I*, 1<sup>e</sup> éd., Munich, 1956, p. 73) est aujourd'hui communément utilisé.

<sup>19</sup> Pour une étude approfondie cf. STELKENS (n. 11), p. 912 ss.

### III. Le contrat administratif en théorie et le contrat administratif en pratique

Tout d'abord, il convient de souligner que même si la plupart des contrats administratifs sont considérés comme des contrats de droit privé, la doctrine allemande aborde le phénomène de l'action contractuelle de l'administration principalement sous l'angle des règles des §§ 54 et suivants VwVfG. Comme indiqué plus haut, ces dispositions devraient « clarifier » la possibilité de l'existence de ces contrats, ce qui explique pourquoi le § 54 VwVfG est intitulé « Licéité du contrat de droit public ». Cependant, cette disposition contient plutôt une définition du « contrat de droit public » en disposant comme suit :

« Un rapport de droit dans le domaine du droit public peut être fondé, modifié ou supprimé par contrat (contrat de droit public), sauf règles de droit contraires. En particulier, l'autorité administrative peut, au lieu d'édicter un acte administratif, conclure un contrat de droit public avec celui auquel elle aurait, sinon, destiné l'acte administratif. »

On peut décrire ces contrats comme des « contrats d'aménagement de rapports de droit public »<sup>20</sup>. À titre d'exemples on peut mentionner le contrat par lequel l'administration dispense un entrepreneur de construire des places de parking s'il s'engage en contrepartie à participer financièrement à la construction de parkings publics ou le contrat portant sur l'enlèvement de pavillons dont la construction a enfreint le droit de l'urbanisme. Ici, les personnes privées s'engagent à enlever les pavillons avant une certaine date. En échange, l'administration tolère leur présence jusqu'à cette date. Les contrats de transactions prévues explicitement par le § 55 VwVfG en sont un autre exemple :

« Il peut être conclu un contrat de droit public au sens du § 54, phrase 2, par lequel une incertitude résistante à une appréciation sensée de la situation de fait ou de l'état du droit est levée par voie de concessions réciproques (transaction) si l'autorité administrative estime, à sa juste appréciation, que la conclusion de la transaction est opportune pour mettre fin à l'incertitude. »

Ces définitions doivent être lues en relation avec le § 1 I et II VwVfG précisant que la VwVfG n'est applicable qu'« à l'activité administrative

---

<sup>20</sup> STELKENS/ SCHRÖDER (n. 3), p. 310 ss.

à caractère de droit public ». En conséquence, les procédures de passation des contrats de droit civil ne sont pas réglées dans la VwVfG. Ainsi, la VwVfG ne couvre pas le droit des marchés publics qui est partiellement régi par les §§ 97 et suivants de la loi contre les restrictions de concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*) et ne sert aucunement à transposer les directives européennes en la matière<sup>21</sup>. En droit allemand, le droit des marchés publics n'est guère considéré comme faisant partie du droit administratif général mais plutôt comme un thème relevant du droit administratif économique (*Wirtschaftsverwaltungsrecht*) voire même du droit (privé) de la concurrence, eu égard à la perspective des soumissionnaires et comme suggéré par sa codification dans le GWB.

Pourtant, en matière d'urbanisme, il existe des règles importantes sur la perception de l'action administrative contractuelle par la doctrine allemande, notamment dans le § 11 du Code fédéral d'urbanisme (*Baugesetzbuch – BauGB*)<sup>22</sup>. Cette disposition montre clairement le « modèle » du contrat d'administration qui sert de base pour presque toutes les discussions des « administrativistes » sur les contrats administratifs<sup>23</sup>. Elle prévoit que :

« (1) La commune peut conclure des contrats d'urbanisme. Un contrat d'urbanisme peut porter en particulier sur :

1. la préparation ou la réalisation d'opérations d'urbanisme par le cocontractant à ses propres frais ; cela inclut également les opérations de remembrement foncier, d'assainissement du sol et d'autres mesures préparatoires, la viabilisation par des équipements, susceptibles ou non de faire l'objet d'une contribution en vertu de la législation fédérale ou des Länder, l'élaboration des mesures de planification urbaine et, si nécessaire, du rapport sur l'environne-

---

21 Cf. sur le droit allemand des marchés publics STELKENS (n. 6), p. 33 ss.

22 La BauGB (version en vigueur en 2003) a été traduite en français par ANNE CATHALY-STELKENS, « Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Allemagne », *Les Cahiers du GRIDAUH* n° 8, 2003.

23 Sur les contrats d'urbanisme en droit allemand : ULRICH STELKENS, « L'utilisation du contrat en droit de l'urbanisme en Allemagne », in : ETIENNE FATÔME, ROZEN NOGUELLOU, *Contrat et Urbanisme*, GRIDAUH, 2014, p. 27 ss, <<https://www.gridauh.fr/fr/node/13313>>.

- ment ; la responsabilité de la commune pour la procédure d'élaboration du plan prévue par la loi n'est pas affectée ;
2. l'encouragement et la sauvegarde des objectifs poursuivis par la planification urbaine, en particulier l'utilisation des terrains, y compris au regard d'une limitation dans le temps ou d'une condition, la réalisation des mesures de compensation prévues au § 1a, al. 3, la prise en considération des intérêts du patrimoine de la construction, la couverture des besoins en logement de catégories de la population ayant des problèmes particuliers en matière d'accès au logement, ainsi que des besoins en logement de la population résidente de la commune ;
  3. la prise en charge des coûts et autres dépenses occasionnés ou ayant été occasionnés à la commune par des opérations d'urbanisme et qui sont la condition ou la conséquence du projet prévu ; cela comprend aussi le fait de réserver des terrains ;
  4. conformément aux objectifs et finalités au moyen des opérations de planification et d'urbanisme, l'édification et l'utilisation d'installations et d'équipements de la production, à la distribution, à l'utilisation ou au stockage centralisé ou décentralisé d'énergie, de chaleur ou de froid issues des sources d'énergie renouvelables ou de la cogénération ;
  5. conformément aux objectifs et finalités au moyen des opérations de planification et d'urbanisme les exigences en matière de qualité énergétique des bâtiments.

Une commune peut également conclure des contrats d'urbanisme même avec une personne morale dans laquelle elle détient une participation.

(2) Les prestations convenues doivent être adéquates eu égard à l'ensemble des circonstances. Il n'est pas possible de convenir d'une prestation à la charge d'un cocontractant alors que celui-ci, même en son absence aurait droit à la contrepartie. Si le cocontractant supporte ou prend en charge des coûts et autres dépenses un apport propre de la commune n'est pas nécessaire sans préjudice de la phrase 1.

(3) Un contrat d'urbanisme doit revêtir la forme écrite, à moins que des règles de droit n'imposent une autre forme.

(4) La possibilité de conclure d'autres contrats d'urbanisme n'est pas affectée. »

Alors que dans d'autres pays européens la notion de contrat administratif coïncide plus ou moins avec celle de marché public<sup>24</sup>, le concept de contrat administratif en Allemagne est profondément influencé par le développement de l'action contractuelle en matière d'urbanisme<sup>25</sup>. Les contrats d'urbanisme sont les « contrats de référence » en matière de droit des contrats administratifs<sup>26</sup>. Ainsi, dans l'ensemble, la recherche allemande sur les contrats administratifs est orientée vers les contrats au sens des §§ 54 et suivants VwVfG (en citant le § 11 BauGB). Dans les manuels de droit administratif général, malgré son immense importance pratique, le contrat administratif de droit privé n'est traité presque exclusivement que sous l'angle de la délimitation des domaines d'application du droit public et du droit privé et non comme un moyen d'action particulier de l'administration. Il n'en est donc que superficiellement, voire pas du tout, question dans ces manuels<sup>27</sup>.

Dans la doctrine, on observe plutôt une tendance favorable à l'extension du champ d'application des §§ 54 et suivants VwVfG à certains types de contrats administratifs qualifiés de contrats de droit privé par la jurisprudence. Ceci concerne surtout les contrats de subvention, les contrats de partenariat public-privé et les contrats de privatisation<sup>28</sup>.

---

24 ROZEN NOGUELLOU, ULRICH STELKENS, « Propos introductifs », in: NOGUELLOU/STELKENS (édit.), *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, 2010, p. 1 ss.

25 Cf. la recherche d'EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, WALTER KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, 2<sup>e</sup> éd., Cologne, 1992, qui a influencé toute la discussion doctrinale des contrats administratifs en Allemagne.

26 BAUER (n. 2), § 36 n° 34.

27 STEFFEN DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18<sup>e</sup> éd., Munich, 2020, n° 903 ss.; WILFRIED ERBGUTH, ANETTE GUCKELBERGER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9<sup>e</sup> éd., Baden-Baden, 2018, § 29 n° 1 ss.; HARTMUT MAURER, CHRISTIAN WALDHOF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20<sup>e</sup> éd., Munich, 2020, § 3 n° 18 ss.; FRANZ-JOSEPH PEINE, THORSTEN SIEGEL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13<sup>e</sup> éd., Munich, 2020, n° 870 ss.

28 Comme p.ex. DIRK EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin, 1984, p. 194 ss et p. 444 ss; BENJAMIN GÜNDLING, *Modernisiertes Privatrecht und öffentliches Recht*, Berlin, 2006, p. 150 ss; VOLKER SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, Heidelberg, 2000, p. 110 ss; WILLY SPANNOVSKY, *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, Berlin, 1994, p. 102 ss.

La jurisprudence n'a pourtant que rarement suivi cette proposition. Elle a développé une casuistique complexe quant à la qualification d'un contrat administratif comme contrat de droit public ou contrat de droit privé. De plus, elle n'a rien changé au principe selon lequel l'application de droit privé est la règle et l'application du droit public – l'exception.

Depuis les années 1990, une part de la doctrine adopte une « nouvelle » approche. Selon celle-ci, tous les contrats administratifs soumis au droit public et tous les contrats administratifs soumis au droit privé sont considérés comme un moyen d'action uniforme de l'administration auxquels s'appliquent plus au moins les mêmes règles. La nature du contrat devient pertinente uniquement pour déterminer la compétence juridictionnelle<sup>29</sup>. Cette « nouvelle » approche soulève plusieurs questions. Il convient de se demander quelle est l'étendue de la liberté contractuelle de l'administration, mais également de savoir si, lors de la conclusion et l'exécution d'un contrat, l'administration a d'autres droits ou si elle est soumise à d'autres obligations, différentes de celles d'une personne privée. Aussi, il faut savoir dans quelle mesure un contrat de l'administration dont la conclusion a enfreint le droit en vigueur pourrait, malgré tout, donner naissance à certaines obligations contractuelles. Les réponses données à ces questions tendent à accroître les obligations incombant à l'administration vis-à-vis de son cocontractant et à limiter la liberté contractuelle de celle-ci (notamment l'étendue de son champ de négociation). En général, il me semble que cette approche souffre du fait que ce concept laisse trop de choses dans l'ombre. Cela est non seulement peu pratique, mais porte également préjudice à la sécurité juridique. Néanmoins, il faut admettre que la jurisprudence administrative et du juge ordinaire est peu prévisible s'agissant de la qualification des contrats administratifs comme contrats de droit privé ou de droit public et quant aux limites de la liberté contractuelle de l'administration. Il existe également une tendance jurisprudentielle à faire preuve d'un certain « paternalisme » dont le but est de protéger le cocontractant privé de lui-même.

---

<sup>29</sup> Cette conception à été d'abord élaborée dans le contexte des contrats d'urbanisme par SCHMIDT-ASSMANN/KREBS (n. 25), p. 154 ss, d'après l'idée généralisée par WALTER KREBS, « Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten », *VVDStRL* 52 (1993), p. 248 ss, p. 273 ss et reprise surtout par BAUER (n. 2), n° 70 ss.

#### IV. Le contrat administratif comme *Lebensgefühl* et le contrat administratif comme moyen d'action de l'administration

Ceci m'amène à la prochaine partie de mon exposé qui portera sur la juxtaposition du contrat administratif comme *Lebensgefühl* et du contrat administratif comme moyen d'action de l'administration. Je n'ai pas trouvé de traduction adéquate en langue française du mot *Lebensgefühl*. Ici, le traduire serait une mission (presque) impossible, à l'instar d'autres expressions allemandes qui ne trouvent pas d'équivalent exact en français, comme par exemple *Gemütlichkeit*. *Lebensgefühl* a trait à un sentiment, à une perception intérieure qui relève du ressenti et ne peut être expliqué par une quelconque rationalité. Dans les dictionnaires de la langue allemande<sup>30</sup>, on lui donne le synonyme de *Zeitgeist* qui ne rend pas avec justesse la signification de ce mot si allemand. Sans prétendre à une traduction définitive ni même juste, mais plutôt ressentie, je me permettrai ici l'expression d'« idéologie imprégnée par l'émotion ou le sentiment ». Si un texte de loi essaie de transposer un *Lebensgefühl*, il est fort probable qu'il s'agisse surtout d'une législation symbolique, pleine de bonnes intentions, mais difficile, voire impossible, à appliquer en pratique.

Malheureusement, c'est le cas des §§ 54 et suivants VwVfG. En effet, ils sont souvent compris comme l'expression d'une nouvelle conception des relations entre l'administration et l'individu. L'administration du Reich bismarcko-wilhelmien, marquée par la subordination du citoyen (comme *Untertan*: sujet) au pouvoir public autoritaire (*obrigkeitsstaatliche Verwaltung*) devrait être remplacée par l'administration démocratique d'un État moderne. Ainsi, il conviendrait de créer une sorte de moyen d'action alternatif à l'acte administratif unilatéral comme expression caractéristique de cette administration autoritaire. Beaucoup d'études sur les contrats administratifs au sens des §§ 54 et suivants VwVfG commencent par des éloges où l'on lit que l'action contractuelle de l'administration facilite l'acceptation des décisions prises, car elle

---

<sup>30</sup> Pour ne citer que les dictionnaires classiques: v. le Langenscheidt ou encore le Wahrig ou le Duden.

négoce avec l'individu sur un pied d'égalité pour trouver les solutions adaptées à certaines situations<sup>31</sup>.

Ce ne serait pas un problème si les dispositions des §§ 54 et suivants VwVfG allaient au-delà d'une simple législation symbolique et prévoyaient des dispositions claires et applicables portant sur les conditions de validité de tels contrats, leur exécution et surtout sur les critères permettant à l'administration de choisir entre le recours à un contrat de droit administratif ou à un acte administratif unilatéral. Néanmoins, ces dispositions sont vagues. Les travaux préparatoires montrent aussi que les auteurs de ces dispositions n'avaient pas une idée précise du champ d'application des §§ 54 et suivants VwVfG. On peut y trouver une référence imprécise aux transactions devant le juge administratif et quelques exemples concernant les contrats de droit public dans des situations spécifiques telles que des procédures relatives aux permis de construire, d'expropriation ou des questions de nettoyage des rues<sup>32</sup>. Le législateur ne pouvait s'appuyer que sur une expérience très limitée en ce qui concerne les questions juridiques liées à l'exécution d'un contrat administratif de droit public. La manière dont les problèmes ont été résolus dans la pratique par le passé restait inconnue aux rédacteurs, car il n'y a pas eu d'enquêtes ou de rapports à ce sujet. Les §§ 54 et suivants VwVfG ont donc été rédigés à la planche à dessin. En plus, on voulait se contenter de « créer les règlements qui sont absolument nécessaires à la pratique administrative »<sup>33</sup>. L'inclusion de règles sur le contrat administratif de droit public n'avait pour but principal que d'établir la licéité, jusqu'alors contestée, d'actions contractuelles dans les domaines ne pouvant pas faire l'objet de contrats administratifs de droit privé. Ainsi, dans l'ensemble, les dispositions de la VwVfG sur les contrats administratifs de droit public peuvent être comprises comme la traduction symbolique d'une philosophie administrative « moderne »<sup>34</sup>.

31 Cf., p.ex., BAUER (n. 2), § 36 n° 9 ss; HEINZ JOACHIM BONK, WERNER NEUNMANN, THORSEN SIEGEL, in: STELKENS/BONK/SACHS (édit.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9<sup>e</sup> éd., Munich, 2018, § 54 n° 2.

32 BT-Drs. 7/910, p. 77.

33 BT-Drs. 7/910, p. 77.

34 ULRICH STELKENS, « Kodifikationssinn, Kodifikationseignung und Kodifikationsgefahren in Verwaltungsverfahrenrecht », in: HILL/SOMMERMANN/STELKENS/ZIEKOW (édit.), *35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven*, Berlin, 2011, p. 271 ss, p. 280 ss.

Cependant, pour le dire clairement, le droit administratif n'est ni « un club de poneys » ni « un monde de bisounours ». Avec cette formulation quelque peu provocatrice, je voudrais exprimer qu'en droit administratif général, le législateur ne doit pas dessiner une vie sans soucis où tout le monde s'aime et s'entend. Il faut créer des règles adéquates afin de permettre à l'administration d'accomplir ses missions en respectant les droits des individus. À cette fin, l'application du droit administratif doit aboutir à des solutions prévisibles et opérationnelles. Les §§ 54 et suivants VwVfG ne répondent pas à ces exigences. La codification du droit des contrats administratifs n'a pas vraiment aidé le développement de l'action contractuelle de l'administration. On peut donc dire qu'en Allemagne, la réussite du recours au contrat administratif n'a pas lieu en raison, mais en dépit des §§ 54 et suivants VwVfG. Ceci est vrai surtout en droit de l'urbanisme : l'action contractuelle ne s'y développe pas grâce à, mais malgré ces dispositions.

Ce constat est confirmé par le fait que les litiges au sujet des « grands » contrats administratifs, notamment les contrats de partenariat public-privé, assez complexes, ne sont pas soumis au juge administratif ou ordinaire, mais à des juridictions arbitrales (de surcroît quand les cocontractants privés sont des entreprises à profil international)<sup>35</sup>. En effet, il est possible de prévoir un recours à l'arbitrage dans les clauses d'un contrat administratif<sup>36</sup>. Dans ces cas, les parties semblent généralement respecter le verdict de la cour arbitrale. Cette acceptation des décisions rendues explique la raison pour laquelle la question des limites du pouvoir des arbitres n'est pas discutée pour l'instant<sup>37</sup>. Néanmoins, des problèmes apparaissent que ce soit en matière de transparence et de légitimité démocratique des cours et procédures arbitrales, ou encore, d'une mise en

---

35 Le différend entre la Fédération et le consortium d'exploitants « Toll-Collect » concernant le manque à gagner à la suite de la mise en exploitation tardive du système de péage autoroutier constitue un cas connu en matière de règlement arbitral de conflits. Cf. aussi FRANK SCHORKOPF, « Transparenz im <Toll-Haus> », *NVwZ* 2003, p. 1471 ss.

36 MARKUS KALTENBORN, *Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, 2007, p. 22 ss ; SPANNOVSKY (n. 28), p. 256 ss ; CHRISTOPH A. STUMPF, *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, Francfort-sur-Le-Main, 2006, p. 54 ss.

37 Pour des limites envisageables, cf. STUMPF (n. 36), p. 156 ss.

retrait de la justice étatique dans un secteur impliquant l'administration et les finances publiques<sup>38</sup>.

## V. Le contrat administratif comme alternative inachevée à l'acte administratif unilatéral

Un des problèmes des dispositions sur les contrats administratifs de la VwVfG est qu'elles présentent le contrat administratif comme alternative à l'acte administratif unilatéral. La VwVfG part du principe que les situations identiques peuvent être réglées alternativement soit par un acte administratif unilatéral soit par un contrat de droit public. Toutefois, la question fondamentale de savoir quelles raisons permettrait de régler des situations identiques par deux moyens d'action différents auxquels s'appliquent des règles différentes sur les conditions de validité, sur les conséquences d'illégalité et sur leur exécution, reste ouverte. En général, on suppose simplement qu'une possibilité de choix entre différents moyens d'action est nécessaire<sup>39</sup>. De même, la question de savoir selon quels critères l'autorité administrative doit opérer ce choix entre acte administratif unilatéral et contrat administratif et celle de savoir si et comment l'administré peut influencer ce choix sont souvent laissées en suspens. Finalement, il convient de savoir si l'administration peut exiger de son cocontractant, plus ou autre chose que ce qui est prévu par la loi en l'absence d'un contrat. Suivant la jurisprudence et la doctrine, la réponse n'est pas claire. Ainsi, des questions se posent quant aux motifs qui poussent l'administration à opter pour la voie contractuelle plutôt que celle de l'action unilatérale car, en optant pour le contrat, elle perd tous ses privilèges<sup>40</sup>.

---

38 Cf. STEPHAN SCHILL, « Öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren zwischen Risikobewältigung und Rechtsrisiko », *DÖV* 2010, p. 1013 ss; JOHANNA WOLFF, « Grenze der Heimlichkeit », *NVwZ* 2012, p. 205 ss.

39 Cf. pourtant CHRISTIAN BUMKE, « Verwaltungsakte » in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLÉ (édit.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, 2<sup>e</sup> éd., Munich, p. 1127 ss, 2012, § 35 n° 35 ss.

40 STELKENS (n. 34), p. 280 ss.

## VI. *Pacta sunt servanda*, les principes de légalité et de sécurité juridique

En droit allemand on part du principe que tous les contrats administratifs – de droit public ou privé – sont soumis au principe *pacta sunt servanda*, principe décrit clairement dans l'article 1134 du texte d'origine du Code Civil français :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. »

L'application du principe *pacta sunt servanda* à tous les contrats administratifs est compris comme un « droit naturel » des contrats<sup>41</sup>. Pourtant, l'application de ce principe peut porter atteinte au principe de légalité lorsque l'administration n'aurait pas dû conclure le contrat en question ou pouvait le conclure, mais avec d'autres clauses. Les conséquences juridiques d'un contrat administratif jugé illicite est considérée comme une problématique centrale du droit des contrats administratifs<sup>42</sup>. Cela est principalement dû au fait qu'en cas d'irrégularité d'un contrat administratif, le droit allemand ne connaît en principe que deux conséquences : soit la nullité absolue du contrat, soit le maintien des engagements des parties. Lorsqu'un vice n'affecte qu'une partie ou une clause d'un contrat, le contrat est nul dans sa totalité uniquement si l'on peut supposer qu'il n'aurait pas été conclu sans la partie nulle (§ 59 III VwVfG, § 139 BGB). La nullité peut être invoquée par toute personne. Pour disposer de la qualité pour agir, il n'est pas nécessaire d'être protégé par la loi dont la violation constitue la raison de la nullité du contrat. La nullité peut même être invoquée contre la volonté de celui qui, au départ, est protégé par la loi violée par le contrat. Un contrat nul est dépourvu d'effets, son exécution étant considérée comme une atteinte au principe de légalité. L'administration est donc obligée de restituer les prestations déjà obtenues et de réclamer la restitution des prestations qu'elle a déjà effectuées. Une partie doit restituer la prestation obtenue même si la restitution de la contre-prestation qu'elle a effectuée est impossible<sup>43</sup>.

41 En ce sens : KLAUS STERN, « Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages », *VerwArch* 49 (1958), p. 106 ss, p. 121 ss.

42 MAURER/WALDHOFF (n. 27), § 14 n° 28.

43 STELKENS/SCHRÖDER (n. 10), p. 326 ss.

Compte tenu de ces conséquences et sous peine de négliger la sécurité juridique, il est communément admis que toute violation de la loi n'est pas de nature à entraîner la nullité d'un contrat administratif. Pour cette raison, le § 59 VwVfG énumère de manière exhaustive les raisons de nullité des contrats de droit public. Au sens de cette disposition, les raisons de nullité prévues par le BGB sont aussi applicables par analogie. Cela vaut également pour le § 134 BGB selon lequel un contrat « qui contrevient à une prohibition légale est nul, à moins que le contraire ne résulte de la loi » et 138 I BGB, selon lequel un contrat « qui contrevient aux bonnes mœurs, est nul et non avenue ». Ces dispositions sont naturellement aussi applicables aux contrats administratifs de droit privé. Ainsi, il faut déterminer à quelles conditions l'irrégularité d'un contrat administratif constitue également une violation d'une « prohibition légale » ou des « bonnes mœurs ». Concernant la « prohibition légale » la jurisprudence a développé une casuistique imprévisible, exigeant une « irrégularité qualifiée » sans qu'il soit nécessaire que la règle enfreinte ait explicitement été qualifiée de « prohibition légale » par le législateur<sup>44</sup>. Ainsi, divers principes directeurs de l'action administrative ont été considérés par la jurisprudence comme « prohibition légale » au sens du § 134 BGB, ce qui n'a d'ailleurs pas toujours profité au cocontractant privé<sup>45</sup>. L'insécurité juridique ainsi créée est amplifiée par le § 59 II N° 4 VwVfG qui prévoit que le non-respect des exigences plutôt vagues de « l'interdiction de couplage » énoncées au § 56 VwVfG est également une raison de nullité<sup>46</sup>. En matière de contrats de droit civil, une atteinte à « l'interdiction de couplage » constitue une infraction aux « bonnes mœurs », entraînant ainsi la nullité du contrat aux termes du § 138 I BGB.

Or, ce principe « du tout ou rien » soulève un certain nombre de problèmes, car il ne ménage pas de voie médiane. De plus, les clauses générales de nullité (bonnes mœurs, prohibition légale) sont en principe inadaptées aux irrégularités des contrats administratifs telles que les vices

---

<sup>44</sup> Pour une analyse détaillée de la jurisprudence des juridictions administratives cf. MATTHIAS WERNER, *Allgemeine Fehlerfolgenlehre für den Verwaltungsvertrag*, Baden-Baden, 2008, p. 132 ss; pour la jurisprudence des juridictions ordinaires: STELKENS (n. 11), p. 915 ss.

<sup>45</sup> BGH, arrêt du 30 janvier 1967 – III ZR 35/65, BGHZ 47, p. 30 ss.

<sup>46</sup> Concernant les incertitudes juridiques résultant de « l'interdiction de couplage » du § 56 VwVfG: HERMANN BUTZER, « Brauchen wir das Koppelungsverbot nach § 56 VwVfG? », *DÖV* 2002, p. 881 ss.

de procédure, la violation du § 56 VwVfG, ou les irrégularités portant sur les règles de compétence. La sécurité juridique n'est ainsi pas garantie dans le cas où les raisons de nullité prévues par la loi ne se basent pas sur des faits évidents.

Il est intéressant d'illustrer notre propos par un cas pratique portant sur la vente du *Berghof* (*Obersalzberg*) par l'État libre de Bavière dans les années 1950, en raison des difficultés liées à cette vente à l'aune de la Constitution du Land de Bavière. Le cas a été jugé par la Cour fédérale allemande (*Bundesgerichtshof* – *BGH*) dans un arrêt du 30 janvier 1967<sup>47</sup> :

Par contrat notarié du 1<sup>er</sup> août 1957, l'État libre de Bavière a vendu à la requérante le « *Berghof* » (résidence d'été d'Hitler). La requérante a été enregistrée dans le registre foncier en tant que propriétaire. Plus tard, il est devenu nécessaire d'exproprier des parties de la propriété. Il s'avère que l'indemnité d'expropriation aurait été supérieure au prix d'achat convenu. Donc, l'État libre de Bavière invoque l'article 81 de la Constitution bavaroise, qui dispose que l'État ne peut pas vendre un terrain en dessous de sa valeur. Le non-respect de cette disposition serait une contravention à une prohibition légale au sens du § 134 BGB. Ainsi, le contrat serait nul et non avenue et les prestations fournies en vertu du contrat devraient être retransférées. Le *BGH* donne raison à l'État libre de Bavière : en droit constitutionnel et administratif, conformément au principe découlant des principes de l'État de droit, en particulier de l'interdiction de l'arbitraire, l'État (l'administration de l'État) ne doit rien offrir (« *Der Staat hat nichts zu verschenken* »).

Cet arrêt n'est pas un cas isolé. Une telle jurisprudence ne tient nullement compte de la notion de confiance légitime, contrairement aux règles très élaborées concernant le retrait des actes administratifs unilatéraux mentionnées au § 48 VwVfG<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> *BGH*, arrêt du 30 janvier 1967 – III ZR 35/65, *BGHZ* 47, p. 30 ss.

<sup>48</sup> Cf. ULRICH STELKENS, « Vertrauensschutz gegenüber der Verwaltung », in : MANSING/JESTAEDT/CAPITANT/LE DIVELLEC (édit.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, Tübingen, p. 137 ss, 2015, p. 151 ss.

## VII. Conclusion

Ainsi, il convient de retenir que les §§ 54 et suivants VwVfG ont été conçus sans qu'il y ait une idée claire de leur portée et relèvent plutôt d'une législation symbolique. L'action contractuelle de l'administration allemande se développe malgré ces dispositions. Tout cela conduit à une insécurité juridique concernant la conclusion et l'exécution des contrats administratifs. S'agissant des « grands » contrats administratifs, les problèmes sont « résolus » par un recours à l'arbitrage.

# Perturbations dans les droits contractuel et statutaire de la fonction publique en Europe

ANTONY TAILLEFAIT

*Agrégé des Facultés de droit, professeur-docteur en droit public à l'Université d'Angers (France), doyen honoraire de la Faculté de droit*

*« L'être des choses est supplanté par le graphique de ses variations. »  
(MICHEL HOUELLEBECQ, Approches du désarroi)*

L'Allemagne compte 60 agents de l'Administration pour 1000 habitants ; le Royaume-Uni 80 et la France 90. Autant dire que ces États, ni non plus les autres États européens, ne sont suradministrés<sup>1</sup>. Le particularisme des fonctions publiques, ce n'est pas douteux, tient davantage au nombre d'agents placés dans une situation légale et réglementaire, statutaire<sup>2</sup>.

La comparaison entre les États et l'utilisation illustrative de leurs solutions obligent à « faire avec » des mots et des notions nationales dont les sens se recoupent plus ou moins largement. On sait que le terme néerlandais *ambtenaar* n'est pas l'équivalent du terme français *fonctionnaire* ni non plus des termes anglais *civil servant* ou allemand *beamte*. Nous n'avons donc pas à notre disposition de notion standard de *fonctionnaire statutaire* à opposer très nettement à celle d'*agent public contractuel*.

En conservant à l'esprit cette difficulté, sans s'y attarder, on peut observer, depuis les années quatre-vingt-dix, que tous ces États, avec plus ou moins d'intensité et de célérité, se sont engagés dans la célébration juridique de l'ingénierie contractuelle de leur fonction publique. Ce contractualisme joue comme un point d'éblouissement qui fait que nous

---

1 RAUL SAMPOGNARO, « La fonction publique sous pression budgétaire », *Revue de Droit social* n° 12 décembre 2019, p. 1029.

2 Cf. ANTONY TAILLEFAIT, « Le statut de la fonction publique : protection ou immobilisme ? », *Administration et Éducation* 2019/3 n° 163, p. 149-160 ; ANTONY TAILLEFAIT, « Fonction publique française : l'éloignement du système de la carrière », in : HAQUET/CAMGUILHEM (édit.), *L'avenir du statut de la fonction publique*, Paris 2019, p. 45-60.

ne voyons que partiellement ce qui est à l'œuvre. Nous ne voyons pas complètement ses effets d'onde sur la fonction publique elle-même et sur ses représentations symboliques. Partant, les perturbations de la lecture statutaire du droit de la fonction publique sont nombreuses mais elles ne parviennent pas à expulser la question statutaire des relations sociales au sein des administrations publiques. En d'autres mots, la prophétie de la décomposition statutaire des droits de la fonction publique en Europe n'est pas vraiment advenue. Au demeurant, de nombreuses causes sont à l'origine d'une recomposition statutaire.

Le tropisme contractuel contemporain perturbe bien la lecture statutaire du droit de la fonction publique. Nous voulons dire par-là que le recours aux relations contractuelles par les États dans lesquels le système de fonction publique de carrière, le modèle de fonction publique fermée est dominant, ne fait pas qu'accroître la place du contrat, du contrat de recrutement, du contrat d'exécution des missions, du contrat d'objectifs. Il travaille aussi d'un point de vue épistémologique le statut lui-même. Un exemple est celui de la rupture conventionnelle du lien d'emploi de fonction publique entre l'employeur et le fonctionnaire statutaire autrement dit la possibilité de rompre d'une manière contractuelle un lien forgé de manière unilatérale et réglementaire.

On ne peut pas non plus répudier que le droit statutaire de la fonction publique ait perturbé et perturbe les signes les plus courants de l'identification contractuelle. Notre collègue THIERRY TANQUEREL a démontré que « *L'opposition alléguée entre un droit public rigide et un droit privé flexible sous-estime la plasticité du premier et les contraintes qui imprègnent le second lorsque l'employeur est une entité étatique, publique* »<sup>3</sup>. Plus largement encore, la place du contrat dans la fonction anthropologique du droit comme le rapport entre droit constitutionnel et droit de la fonction publique montrent que l'unilatéralité d'un nombre important de normes réglant la condition des agents publics contractuels donne souvent des airs de « quasi-statut » au lien contractuel de fonction publique.

---

3 THIERRY TANQUEREL, « De quelques idées reçues en droit de la fonction publique », in: WYLER/MEIER/MARCHAND (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 312.

Ce qui précède nous semble aussi faire émerger une question peu élucidée: en Europe, ces perturbations communes des conceptions de la fonction publique font-elles apparaître quelques linéaments d'un droit transnational de la matière?

## **I. Perturbation du droit statutaire de la fonction publique par le tropisme contractuel contemporain**

Avec les années 80 et la fortune des idées néolibérales, dans l'ensemble européen des systèmes de fonction publique de carrière, les pouvoirs publics sont moins à la recherche d'une administration contractuelle de leur personnel que d'un évitement de la condition statutaire de ces mêmes personnels. Ils multiplient les exceptions au principe de l'occupation des emplois publics permanents par des fonctionnaires statutaires en autorisant le recours à des agents contractuels de droit public ou de droit privé, en diversifiant les formes et les durées des contrats de recrutement. La question est bien explorée et ne mérite pas qu'on s'y attarde à nouveau ici<sup>4</sup>. Deux questions autres et assez nouvelles méritent, à notre sens, d'être identifiées. Le contrat d'emploi de l'agent public est-il encore une espèce particulière de contrat public? Le statut de la fonction publique est-il lui-même dans l'orbite contractuel?

### **A. Le contrat d'emploi de l'agent public: une espèce particulière de contrat public?**

Le contrat public est une notion juridique assez étroitement descriptive<sup>5</sup>. Elle est assez largement détachée du critère organique du contrat administratif en ce sens qu'un certain nombre de contrats publics n'ont pas de personne publique comme partie cocontractante. Il existe par exemple des marchés publics de droit privé dont le contentieux est sou-

---

4 EMMANUEL AUBIN, « Le contrat, avenir de la fonction publique? », *Actualité juridique droit administratif (AJDA)* n° 40/2019, p. 2349; ANTONY TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, 8<sup>e</sup> éd., Paris 2018, p. 430; ROBERTO CAVALLO PERRIN, BARBARA GAGLIARDI, « L'exemple italien: l'exorbitance de la relation professionnelle des fonctionnaires, malgré leur contractualisation », in: FORTIER (édit.), *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, Paris 2014, p. 177.

5 GABRIEL ECKERT, « Contrat administratif et contrat public. Quelle notion pour quel régime? », *Droit et Ville* n° 70/2010, p. 190; MATHIAS AMILHAT, *La notion de contrat administratif: l'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles 2014.

mis au juge judiciaire. Cette notion est descriptive de la présence d'un régime particulier, d'un régime de droit public de définition de l'objet du contrat, de sa conclusion, de son exécution. À peu de chose près, dans le régime il existe une gradation de l'exorbitance du droit commun qui va de l'absence de toute prérogative de puissance publique, de la conclusion de contrats de pur droit privé, jusqu'à l'existence de véritable contrat administratif au sens de la théorie générale du contrat en droit administratif. Cela dit, quoi qu'il en soit de leur nature juridique, à un moment ou à un autre, tous ces contrats publics vont être concernés par des principes de droit public, principes qui ont tendance à devenir de plus en plus des principes communs à l'ensemble des États européens voire occidentaux. Tel est le cas du principe de transparence ou encore du principe de publicité appropriée. Bref, le lien qui unit tous ces contrats est qu'ils sont précisément dans un rapport particulier avec le principe de transparence des activités publiques et avec le principe de mise en concurrence dans le choix du cocontractant par la personne publique ou par ses « mandants ». Dans cet ensemble, les contrats publics d'affaires seront donc les contrats de la commande publique, mais aussi les contrats portant occupation du domaine public. Les contrats d'emploi d'agent de l'administration n'auraient pas leur place au sein de cet ensemble. Ils ne seraient pas des contrats publics. Cela mérite d'être revisité.

Le droit des contrats publics est un langage qui fait agir par les textes. La gestion l'est aussi d'une certaine façon. Elle forme une *advocacy* de la cause contractuelle laquelle s'exprime au moyen d'une syntaxe composée de gouvernance, de performance, d'efficience, de pilotage<sup>6</sup>,

---

6 Ce terme est défini par les spécialistes du management de la manière suivante « Le pilotage (traduction française littérale du grec *kybernetiké*) inscrit la fonction publique dans la boucle de rétroaction (ou *feedback* en anglais) issue de la cybernétique: déclinaison de la finalité des indicateurs, plan d'actions, dispositifs d'évaluation et corrections se succèdent pour gagner en efficacité. De ce point de vue, le levier du changement n'est plus le droit ou la loi, mais l'organisation et son capital humain, de telle sorte que l'institution tend à se transformer en organisation », BENOÎT RAPIN, professeur de sciences de gestion, « Monument romano-germanique et nouveau management public: racines théologiques et enjeux anthropologiques d'une rencontre », *Revue française d'administration publique* n° 166 2018, p. 396; cf. ANTONY TAILLEFAIT, « La loi Dussopt et la gestion des « ressources humaines » de la fonction publique », *Revue française de droit administratif (RFDA)* 2020, p. 270.

de transitions professionnelles<sup>7</sup>, etc. À défaut de constituer des notions juridiques véritables, ces mots (maux ?) de l'administration représentent une évolution du lexique législatif et de nouvelles vérités administratives. Ce récit dont la fonction publique est un chapitre se donne des airs d'évidence c'est-à-dire de science, de sciences économiques principalement. Comme l'écrivait JOHN KENNETH GALBRAITH<sup>8</sup>, est mis de côté l'idée selon laquelle « *la vérité scientifique en économie n'est pas toujours ce qui existe : c'est souvent ce qui peut être traité par des méthodes apparemment scientifiques* ». Inévitablement, de cette manière de penser et de faire, la fonction publique devrait, elle-aussi, être placée dans une sorte de rapport de nécessité avec le marché et le messianisme de la société marchande<sup>9</sup>. Le *management*, c'est-à-dire la « science de l'ingénieur » de l'idéologie économique, tend à déjuridiciser les catégories, initialement juridiques, dont elle fait usage. Elle dissout le contrat dans l'ensemble des techniques et technologies comportementales dont elle assume et assure la diffusion, notamment dans l'administration publique. Par où elle fait la fortune du mot et des formes du partenariat. Frémit alors l'idée que le contrat public de recrutement d'agent de l'administration pourrait être de moins en moins une catégorie particulière de contrats publics.

Le contrat de droit public dans la fonction publique côtoie et de plus en plus se substitue à la relation statutaire. Il a été considéré comme une espèce contractuelle singulière échappant aux grands principes organisant les règles des autres contrats publics, tels celles des contrats de la commande publique. Ce choix juridique ne concerne pas seulement l'Union européenne comme le montre le professeur ÉTIENNE POLTIER<sup>10</sup>. Toutefois, les administrations publiques dotées d'une fonction publique statutaire cherchent une « fluidification privé-public », des va-et-vient

---

7 Cf. ANTONY TAILLEFAIT, « La loi de fonction publique du 6 août 2019 de déformation des transitions professionnelles », *Revue du droit public et de la science politique* 2020, p. 77.

8 JOHN KENNETH GALBRAITH, *Le Nouvel État industriel. Essai sur le système économique américain*, (1968), trad. de l'anglais par Maurice Le Nan, Paris 1989, p. 189.

9 Majoritairement, les économistes réduisent les systèmes juridiques et leurs relations à des mécanismes de marché. Par exemple: FRITS M. VAN DER MEER, CASPAR F. VAN DEN BERG, GERRIT S.A. DIJKSTRA, « Repenser le « marché bureaucratique » : l'évolution de la position (juridique) des fonctionnaires en Europe », *Revue internationale des sciences administratives* 2013 vol. 79, p. 95.

10 ÉTIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, Berne 2014.

entre les secteurs public et privé. Pantouflage et rétropantouflage ont été des pratiques constantes par exemple chez les hauts fonctionnaires français issus des grands corps de l'État depuis le XIX<sup>e</sup> siècle. Désormais ces allers-retours entre les secteurs privé et public passent par diverses mesures favorisant l'accélération du développement de la mobilité externe pour acquérir de l'expérience dans le privé<sup>11</sup>. En France, une loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique<sup>12</sup> (art. 16), après bien d'autres, a pour objet de « *favoriser la fluidification des parcours professionnels entre le secteur privé et le secteur public.* »<sup>13</sup> Elle encourage la venue de personnels d'encadrement des entreprises recrutés par contrat de droit public. Précisément, pour l'occupation d'un grand nombre d'emplois de direction dans l'administration, les employeurs publics peuvent mettre en concurrence les fonctionnaires en poste avec les salariés des entreprises. Cette intention se heurte à une valeur de la fonction publique: l'égalité d'accès aux emplois publics. Qu'à cela ne tienne, le droit de la mise en concurrence se substitue au droit des concours administratifs. Un décret du 31 décembre 2019 relatif aux emplois de direction de l'État<sup>14</sup> essaie de conjurer le soupçon de favoritisme en introduisant un droit de la mise en concurrence au sein de la fonction publique. Ce régime « d'appel d'offres » semble ainsi s'inscrire dans le mouvement général de transparence des contrats publics et dans un rapprochement des contrats publics de recrutements et des contrats publics de prestations de services. Un auteur a pu parler de la fonction « Achat RH » qui existe désormais dans les administrations publiques<sup>15</sup>. L'avenir

11 Cf. ANTONY TAILLEFAIT, « La mobilité externe des fonctionnaires: la circulation des personnels entre le secteur public et le secteur privé », *AJDA* n° 10/2018, p. 559.

12 Loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique. CAROLE GIRAUDET, « La fonction publique après la loi du 6 août 2019. Une métamorphose en quête de sens », *Revue de droit du travail* 2019, p. 628 ; cf. ANTONY TAILLEFAIT, « Transformer n'est pas bifurquer: à propos de la loi Dussopt », *Actualité juridique fonctions publiques (AJFP)* 2019, p. 314.

13 Assemblée nationale France, Étude d'impact, projet de loi de transformation de la fonction publique, 27 mars 2019, p. 90.

14 Décret n° 2019-1594 du 31 décembre 2019 relatif aux emplois de direction de l'État dispose, art. 7: « Lors de l'examen préalable, chaque candidature est appréciée, dans le respect du principe d'égal accès aux emplois publics, au regard des qualifications, des compétences, des aptitudes, de l'expérience professionnelle du candidat et de sa capacité à exercer les missions dévolues à l'emploi à pourvoir. »

15 PHILIPPE JACQUEMOIRE, « Profession Acheteur RH », *Actualité juridique collectivités territoriales* décembre 2019, p. 529.

dira si ce formalisme satisfait la formule expressive de JEHRING : « *La forme est l'ennemie de l'arbitraire, la sœur jumelle de la liberté* » (*die Form sei die Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit*); de la liberté contractuelle en l'espèce<sup>16</sup>.

## B. Le statut de la fonction publique dans l'orbite contractuel ?

Une conséquence de ce remodelage du droit statutaire de la fonction publique opéré par la contractualisation est de faire entrer le statut lui-même dans l'orbite contractuel. Une illustration est à nouveau fournie par la loi française du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique (art. 72) laquelle permet à titre expérimental de substituer au régime de la démission acceptée un régime de rupture conventionnelle du lien statutaire. Il y a là une autre voie de dégageant du statut.

Dans la logique statutaire de la fonction publique, quitter la carrière au service de l'intérêt général doit être autorisé. Les règles concernant la démission ont peu évolué. À l'observation du statut général et législatif français de la fonction publique de 1946, lequel a inspiré bon nombre de systèmes de fonction publique en Europe jusque dans les années soixante du XX<sup>e</sup> siècle, son article 131 disposait que la démission « *ne peut résulter que d'une demande écrite de l'intéressé marquant sa volonté non équivoque de quitter les cadres de son administration ou service. Elle n'a d'effet qu'autant qu'elle est acceptée par l'autorité investie du pouvoir de nomination et prend effet à la date fixée par cette autorité.* » L'article 132 rappelle au fonctionnaire qu'il ne peut se repentir : « *L'acceptation de la démission la rend irrévocable.* » – L'article 133 met en garde le fonctionnaire en lui intimant de demeurer à son poste et d'exercer ses missions dans la mesure où s'« *il cesse ses fonctions avant la date fixée par l'autorité compétente pour accepter la démission il peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire* ». À peu de chose près, ces règles sont encore en vigueur en Espagne ou en France, dans les régimes de fonction publique statutaire.

Par rapport à la démission, les particularités du régime de la rupture par convention sont peu nombreuses mais déterminantes. La procédure peut être engagée non seulement par le fonctionnaire mais aussi par

---

<sup>16</sup> Cité par MAX WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Socialpolitik* (1924), Tubingue 1988, p. 482.

l'employeur public<sup>17</sup>. Comme de fait la démission, un entretien préalable détermine les modalités de la rupture du lien de fonction publique. Une convention fixe les termes et les conditions de la cessation définitive des fonctions. Tandis que la démission acceptée est *de jure* irrévocable – dans les faits ce n'est pas toujours le cas – la rupture conventionnelle est assortie d'un droit de rétractation. Même si la démission acceptée pour cause de restructuration de service peut être assortie d'une indemnité de cessation des fonctions<sup>18</sup>, la rupture conventionnelle est assortie obligatoirement d'une indemnité dont les règles de calcul sont fixées par décret<sup>19</sup>. Enfin, la démission n'étant pas une perte involontaire d'emploi, le fonctionnaire ne perçoit pas d'allocation chômage, ce qui n'est pas le cas après la rupture conventionnelle.

La rupture conventionnelle était exclue jusqu'à présent dans la mesure où la conception statutaire de la fonction publique pose une interdiction de conclure tous arrangements particuliers sur les conditions d'application du statut général entre l'administration et un agent ou un tiers. Les règles statutaires étant d'ordre public<sup>20</sup>, les administrations ne sauraient s'en écarter. Cependant, le Conseil d'État français a entamé une inflexion de sa jurisprudence. Il admet qu'il soit possible de renoncer par contrat

---

17 Décret n° 2019-1593 du 31 décembre 2019 relatif à la procédure de rupture conventionnelle dans la fonction publique.

18 Lorsque la démission est acceptée parce que le fonctionnaire ne souhaite pas subir les changements liés à une restructuration de service ou dans le cas où il souhaite quitter définitivement la fonction publique pour créer une entreprise ou pour mener à bien un projet professionnel, il a droit à une indemnité de départ volontaire. Certaines indemnités de départ volontaire sont du reste remplacées par l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle (Décret n° 2008-386 du 23 avril 2008 relatif aux prescriptions techniques générales de conception et de fonctionnement pour le raccordement d'installations de production aux réseaux publics d'électricité; décret n° 2009-1594 du 18 décembre 2009 instituant une indemnité de départ volontaire dans la fonction publique territoriale; décret n° 98-1220 du 29 décembre 1998 instituant une indemnité de départ volontaire au profit de fonctionnaires, agents stagiaires et agents contractuels en fonctions dans un établissement mentionné à l'article 2 de la loi du 9 janvier 1986).

19 Décret n° 2019-1596 du 31 décembre 2019 relatif à l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle dans la fonction publique et portant diverses dispositions relatives aux dispositifs indemnitaires d'accompagnement des agents dans leurs transitions professionnelles.

20 CE 14 juin 2004, *Leplatre*, requête n° 250695.

de transaction à exercer un recours pour excès de pouvoir contre une mesure administrative individuelle concernant un agent public<sup>21</sup>.

Le juriste ne peut être abusé par ce brouillage des catégories juridiques dont la visée idéologique, dogmatique est portée à faire basculer les croyances fondatrices. Ces catégories plient sous les appétits boulimiques de l'efficacité économique. Elles se représentent le droit, pas seulement celui de la fonction publique, comme un simple outil technique composé de normes que l'on peut oublier aux fins d'efficacité et modifier aux fins de rapidité. D'une autre manière le droit ne serait plus qu'un « container d'outils » propres à faire prospérer les marchés. Ainsi donc la fonction publique comme d'autres secteurs de l'administration publique montrent que le mode de production du droit lui-même pose question. L'affaiblissement de la juridicité (lignes directrices, chartes, feuilles de route, etc.) explique par exemple le regain des questions déontologiques dans la fonction publique et dans les marchés publics. Là où le droit a été rendu impuissant à régler complètement les comportements des agents, la déontologie doit les amener à la raison<sup>22</sup> (économico-managériale?) ou à les mettre au pas.

## II. Perturbation de l'identification contractuelle par le droit statutaire de la fonction publique

La catégorie des contrats de recrutement d'agent public n'est pas une catégorie déconcertante pour peu que l'on se remémore la fonction anthropologique du contrat dans le droit. Ce travail de mémoire explique pourquoi le contrat d'emploi d'agent public n'a jamais été un vrai accord de volonté générateur d'obligations réciproques. Dans les États européens dont les personnels administratifs relèvent d'un système de fonction publique d'emplois contractuels, cette fonction fondatrice du droit qu'est le contrat provoque une diffusion de choix de gestion du personnel de nature statutaire.

---

21 CE 5 juin 2019, *Centre hospitalier de Sedan*, requête n° 412732.

22 Cf. ANTONY TAILLEFAIT, « Charte de déontologie et charte de service dans la fonction publique. Une crise de la raison déontologique ? », in : ZARCA (édit.), *Les outils au service de la déontologie. Regards croisés dans la fonction publique et dans l'entreprise*, Paris 2020, p. 39.

## A. Un garant pour la liberté contractuelle: une voie pour un lien de fonction publique légal et règlementaire

Le contrat est une catégorie de la pensée juridique tandis qu'il est en science politique ou en sciences de gestion un objet socialement construit situé au sein de beaucoup d'autres. Pourtant, le droit des contrats publics, comme le droit en général du reste, « *n'est pas une simple surface d'enregistrement neutre de choix publics, que la formalisation, autrement dit que l'écriture juridique des politiques publiques n'a rien d'une opération blanche* »<sup>23</sup>. En droit « *la liberté contractuelle, [écrit ALAIN SUPIOT<sup>24</sup>, professeur de droit au Collège de France], n'est pas concevable sans une foi partagée dans un Tiers garant des conventions* ». Un contrat n'a d'existence que placé sous la protection d'un Tiers garant auquel chacun se conforme parce qu'il assure le respect de la parole donnée et rassure celui qui prononce cette parole. Ce garant des pactes est l'État laïc avant tout<sup>25</sup>. Les contrats publics sont des accords spécifiques dans la mesure où l'État est à la fois contractant et garant. Ils illustrent un glissement de la nécessité politique et juridique de la ternarité vers une réalité pratique exceptionnelle de la dualité. L'État aura tendance à éviter la relation contractuelle de ses stipulations pour préférer loger ses droits et obligations dans l'édition d'actes administratifs unilatéraux<sup>26</sup>. On ne sera donc pas étonné que le contrat de recrutement dans la fonction publique, qu'il soit public ou privé, reste attiré dans l'orbite statutaire et qu'il frise la fausse identité juridique. Les contrats de droit public conclus par les agents publics relèvent en effet d'un « quasi-statut ». *Pacta sunt servanda* joue peu de rôle. Ces personnels sont davantage de condition

23 JACQUES CAILLOSSE, « Interrogations méthodologiques sur le < tournant > contractuel de l'action publique », in: CLAMOUR/UBAUD-BERGERON (édit.), *Études en l'honneur du Pr. M. Guibal*, Montpellier 2006, p. 488.

24 ALAIN SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris 2005, p. 157.

25 Les codes civils en Europe prévoient pour la plupart que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

26 Il faut aussi ajouter les contraintes constitutionnelles qui concernent l'État, en particulier l'égalité de traitement: cf. ANTONY TAILLEFAIT, « Constitution et fonction publique » dans dossier spécial « Le Conseil constitutionnel et le droit administratif », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37 octobre 2012, p. 49.

statutaire que contractuelle<sup>27</sup>. Les contrats de droit privé signés par les agents publics italiens le sont aussi<sup>28</sup>. Ils ont les apparences du contrat mais les dispositions législatives « court-circuitent » les consentements réciproques au moyen de dispositions juridiques unilatérales qui s'imposent aux stipulations des contrats. Le « label » de statut a disparu mais les normes juridiques rassemblées se coagulent en un « statut ». L'imaginaire participatif que sollicite complaisamment la pratique contractuelle est donc insuffisant à couvrir l'existence des formes de hiérarchisation et des asymétries qui continuent à caractériser l'action de l'administration publique, y compris dans la gestion de son personnel. C'est le cas notamment en France, en Belgique, en Espagne, dans certains cantons suisses. Une carrière est fréquemment organisée de cette manière pour les agents en contrat de droit public à durée indéterminée avec souvent un renvoi à des textes réglementaires pour déterminer une échelle des « traitements ». Il nous semble donc exister un caractère assez vain dans l'entreprise consistant à plaider pour « l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle » commun aux entreprises privées et aux administrations publiques<sup>29</sup> ; ce droit s'avérant être une voie de l'unité du droit du travail qui ignorerait la nature de l'employeur<sup>30</sup>.

Ces développements peuvent sembler évidents pour la doctrine juridique. Toutefois, il nous semble qu'ils sont aujourd'hui éludés dans la mesure où le récit economiciste des temps présents tend à diffuser la croyance en un isolement de chacun des individus les uns vis-à-vis des autres dans l'échange marchand et d'un rapport exclusif d'*homo oeconomicus* au système de marché. « *L'individu ainsi pensé n'est donc pas même égoïste : il n'en a pas les moyens étant parfaitement ignorant de*

---

27 CE 19 novembre 2018, *Autorité de la concurrence*, requête n° 413492, *AJDA* 2019, p. 301, note FABRICE MELLERAY. Cf. ANTONY TAILLEFAIT, « Réflexions sur la loyauté des relations contractuelles entre l'administration et son agent public », in: SYLVAIN NIQUÈGE (édit.), *Les figures de la loyauté en droit public*, Paris 2017, p. 285.

28 BARBARA GAGLIARDI, « La réforme de la fonction publique italienne, ou le mirage de la contractualisation », *AJFP* 2018, p. 313.

29 EMMANUELLE MARC, YVES STRUILLLOU, « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle », *RFDA* 2010, p. 1169.

30 PETER HELBLING, « Der öffentliche Dienst auf dem Weg in das OR », *PJA* 2004.

*l'existence d'autrui.* »<sup>31</sup> WALRAS a donc expliqué que le marché ainsi caractérisé représente une extraordinaire force d'organisation non seulement de l'économie mais aussi de la société.

## B. Un retour à un corset règlementaire encadrant la liberté contractuelle

Un poncif domine les droits de la fonction publique en Europe : partenariat et contractualisation sont devenus les totems d'une gestion qui s'affiche moderniste. Cependant certains États depuis beau temps se sont affirmés sans « pensée statutaire » et ont usé du contrat pour réguler toutes les relations de pouvoir dans un contexte de réciprocité et de dépendance. Avec précaution, on peut avancer que c'est le cas du Royaume Uni. Cela l'est aussi dans une moindre mesure aux Pays-Bas. Mais dans cet espace aussi, la recomposition du droit est à l'œuvre.

Au Pays-Bas, surtout depuis 2014, les agents publics sont presque totalement des salariés contractuels de droit privé recrutés par les services comme dans les entreprises c'est-à-dire après examen du *curriculum vitae*. Bien que dans la pratique les choses ne soient pas aussi nettes, le chef de service a une voix prépondérante dans le choix de ses collaborateurs. Il ne fait pas qu'hériter des agents de son prédécesseur. Cependant, combinés aux décisions de contracter les dépenses publiques, les effectifs ont été réduits, les temps de formations à l'administration publique diminués ou supprimés, les rémunérations dégradées et les avantages sociaux arasés. Ce pays, avec un quasi plein emploi, rencontre de graves difficultés de recrutement et d'incitation des personnes qualifiées « à entrer en fonction publique ». Il en résulte par exemple une pénurie d'enseignants qualifiés, une faible attractivité du métier et une baisse des acquis des élèves. Il y a désormais la recherche d'une « *revalorisation collective du statut d'enseignant* »<sup>32</sup>. Les conséquences juridiques d'un tel contexte sont que les agents publics contractuels de droit privé sont majoritaire-

31 NICOLAS POSTEL, « Contrat, Coercition et Institution : un regard d'économiste », in : CHASSAGNARD-PINET/HIEZ (édit.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris 2007, p. 73.

32 FLORENCE LEFRESNE, ROBERT RAKOCEVIC, « Le métier d'enseignant en Angleterre, aux Pays-Bas et en Suède », *Éducation & Formations* n° 92 décembre 2016, p. 7. Voir aussi VIOLETTE GOARANT, « Privatisations de l'école, le fiasco suédois », *Le Monde diplomatique* septembre 2018, p. 18.

ment à durée indéterminée avec une « carrière » de plus en plus aménagées par des conventions collectives voire des textes règlementaires.

Le système britannique est davantage encore illustratif de la perturbation du système de fonction publique d'emploi par le système de la carrière. La conception libérale qui prévaut incite la majorité de la doctrine juridique à considérer que le *civil service* est lié à la Couronne par un contrat. En ce qui concerne les *civils servants* le Royaume-Uni a de longue date multiplié les dispositifs assurant des carrières, des avancements à l'ancienneté ou des recrutements sur des bases à dominantes de culture générale moins en rapport avec un métier. Il est vrai que ce *civil service* ne représente qu'une petite part des agents de l'administration (10%). Une grande proportion est constituée par les agents locaux recrutés au moyen de contrat de droit privé. Tel est le cas des enseignants.

Il demeure que les États en Europe, Tiers garants et contractants, font périodiquement retour à des ingrédients de type statutaire pour régler de plus en plus d'aspects de la condition de leurs agents. Cette hypothèse, liant la densification des relations de type statutaire dans la sphère publique aux rôles de l'État, pourrait être complétée par une autre hypothèse explicative. Si on admet d'une manière différente d'HABERMAS, que le droit, ses procédures et ses techniques, sont la manière trouvée par les sociétés pour limiter le plus possible voire pour éviter les relations interpersonnelles, on peut aussi comprendre ce processus de procéduralisation des rapports professionnels. Cette proposition repose sur l'idée, assez convaincante à vrai dire, selon laquelle il existe une multiplication des relations interpersonnelles liées à la démographie qui se combine avec la crainte, pour ne pas dire avec le rejet, de tous engagements affectifs, familiaux, juridiques, de tous conflits interhumains directs dans ces échanges interpersonnels. Une peur de la responsabilité en quelque sorte, pas seulement de la responsabilité juridique. Afin de mettre cette crainte sous le boisseau, cela produit une intensification et une complication parfois extrême des procédures et des mécanismes juridiques. Il s'agit, peu ou prou, de faire écran avec les rapports intersubjectifs directs. Les automatismes de type cybernétique sont recherchés et à l'œuvre assez souvent. Les statuts de la fonction publique offrent des exemples particulièrement illustratifs avec leurs promotions à l'ancienneté, leurs procédures d'arasement des différenciations entre les agents, mais aussi leurs processus de procéduralisation des relations contractuelles avec

ces mêmes agents. DAVID GRAEBER<sup>33</sup> explique qu'il faut trouver dans ce « besoin ontologique » des individus et de leurs communautés d'être rassurés par la complexité juridique, par une « rationalité bureaucratique » crue comme synonyme d'« efficacité technique » qui amène les organisations et leurs cadres à se concentrer sur la façon de faire afin de ne pas parler de ce que l'on veut faire à la fin.

Jusqu'à présent nous avons juxtaposé, corrélé ou comparé certains aspects des droits de la fonction publique en Europe à partir des frottements entre statut et contrat. À partir du moment où le contrat devient une constante de la gestion des personnels des administrations en Europe, une question d'une autre nature se pose. Elle consiste à déterminer comment ces droits de la fonction publique interagissent les uns avec les autres.

### III. Un effet des perturbations : l'apparition de linéaments d'un droit transnational de la fonction publique ?

En fait de perturbations du droit de la fonction publique, le droit administratif transnational aurait plutôt des effets de sécurisation juridique dans la mesure où il comporte des principes et des règles qui permettent à des situations administratives qui dépassent ou traversent une ou des frontières nationales de trouver leur droit. Cette transnationalité est plutôt de nature « horizontale »<sup>34</sup> et a à voir, mais pas uniquement, avec l'extraterritorialité des actes administratifs.

---

<sup>33</sup> DAVID GRAEBER, *Bureaucratie*, trad. de l'anglais par Françoise et Paul Chemla, Paris 2015, p. 49. GRAEBER étudie dans cet ouvrage les causes et les conséquences des phénomènes de complication formidable du droit et de la réglementation en considérant que les individus et les sociétés en expriment le besoin de sorte que la procéduralisation et la complication du droit n'ont que peu de choses à voir avec la rationalité.

<sup>34</sup> Ces développements sont partiels et provisoires dans la mesure où notre recherche est en cours : ANTONY TAILLEFAIT, « Recherche sur le droit administratif transnational de la fonction publique », in : AUBY/CHEVALIER/VELASCO, *Droit administratif transnational*, à paraître 2021.

## A. Acte administratif transnational et fonction publique

La chose est bien connue, les systèmes nationaux européens de fonction publique se sont influencés mutuellement<sup>35</sup>. En 1946 par exemple, la France a puisé certaines de ses solutions juridiques dans le *Civil service* britannique pour régler la condition de ses hauts fonctionnaires<sup>36</sup>. Par la suite en 1964, l'Espagne, dont le système de fonction publique est inspiré par celui de la France, a introduit des éléments de la conception anglaise pour régler les rapports entre la haute fonction publique et le pouvoir politique<sup>37</sup>.

L'influence devient une diffusion avec le tropisme contractuel qui est désormais celui de toutes les fonctions publiques de l'Europe. Il n'emporte pas nécessairement des interactions administratives. Ces réflexions nous engagent dans l'exploration d'une zone blanche en droit de la fonction publique, celle de la transnationalité<sup>38</sup>. Peut-être cette idée pourrait-elle constituer un concept opératoire d'un nouveau type de savoirs sur la fonction publique en Europe ? Les dimensions de cette étude n'autoriseront qu'un croquis de ce concept.

La notion d'acte administratif transnational a été étudiée et même théorisée en Allemagne. On a affaire à une question courante en droit international privé lequel tente de résoudre l'efficacité des actes publics étrangers, en particulier les questions de droit soulevées par un contrat commercial conclu par deux entreprises relevant de deux ordres juridiques nationaux<sup>39</sup>. En ce qui concerne notre sujet, la question est de savoir s'il existe réellement ou virtuellement des actes administratifs transnationaux de nature contractuelle concernant un agent public ?

---

<sup>35</sup> Cf. TAILLEFAIT (n. 4), p. 40 ss.

<sup>36</sup> PAUL MARIE GAUDEMET, *Le civil service britannique. Essai sur le régime de la fonction publique en Grande-Bretagne*, Paris 1952, p. 7.

<sup>37</sup> RAMON PARADA, JESUS FUENTETAJA, *Derecho de la funcion publica*, Madrid 2017, p. 98-99.

<sup>38</sup> MATHIAS AUDIT, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris 2002; *id.*, *La compétence extraterritoriale du droit administratif*, Paris 2008, p. 69; MALIK LAZOUZI, *Les contrats administratifs à caractère international*, Paris 2008; *id.*, « Quand droit administratif et droit international privé se rencontrent », *AJDA* n° 20/2015, p. 1134.

<sup>39</sup> CHARALAMBOS PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris 1993.

La question de la transnationalité couvre les hypothèses dans lesquelles une institution supranationale, telle l'Union européenne, impose à un État membre d'appliquer un acte administratif édicté par un autre État membre. La transnationalité des actes administratifs est devenue plus fréquente en conséquence du principe européen de la reconnaissance mutuelle. Mais dans ce contexte juridique, on a affaire à une « transnationalité verticale », conséquence organisée par des textes supranationaux et les régimes de mises en œuvre de la hiérarchie des normes.

Or, à cet ensemble d'hypothèses en rapport avec le droit international, on peut ajouter une « transnationalité horizontale » liée notamment à la coopération entre entité souvent infra étatiques : on pense au droit de la coopération transfrontalière<sup>40</sup>. Ainsi donc, peut-être peut-on poser qu'une situation administrative transnationale est une situation de caractère administratif qui met en présence des entités de deux systèmes juridiques nationaux et que l'extraterritorialité en matière administrative est souvent une question de transnationalité c'est-à-dire le fait pour une norme de droit administratif de produire des effets dans et en dehors du territoire de l'État émetteur<sup>41</sup>. Retenons cette seconde hypothèse au moyen d'un raisonnement par l'exemple<sup>42</sup>.

## B. Transnationalité et territorialité d'une norme administrative de fonction publique

L'extraterritorialité de tels actes administratifs concernant un agent public provoquerait des obligations pour l'État qui n'en serait pas le producteur. La décision unilatérale d'un État visant un agent s'impose-

<sup>40</sup> ANTONY TAILLEFAIT, « Les cadres juridiques européens de la coopération transfrontalière des collectivités et autonomies locales : évolutions et perspectives », in : CLARA VELASCO (édit.), « Les défis juridiques de la coopération transfrontalière », *Revue générale de Derecho Administrativo* à paraître 2021.

<sup>41</sup> JEAN-BERNARD AUBY, « Les rapports entre droits administratifs dans les États composites et au sein de l'Union européenne », in : AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (édit.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, 3<sup>e</sup> éd., à paraître 2021 ; *id.*, « Le droit administratif transnational : un programme de réflexion », in : COSSALTER/GUGLIELMI (édit.), *L'internationalisation du droit administratif*, Paris 2020, p. 59. Voir aussi OLIVIER DUBOS, « Le droit administratif et les situations transnationales : des droits étrangers au droit comparé », in : FABRICE MELLERAY (édit.), *L'argument de droit comparé en droit français*, Bruxelles 2007.

<sup>42</sup> TAILLEFAIT (n. 34).

rait à un autre État dans ses décisions à l'égard de ce même agent. À ce jour, les effets de droit de l'acte administratif transnational dans l'État de réception ou d'exécution sont largement tronqués. Ces effets ne sont pas des sources de droit pour les juridictions administratives nationales. Ce sont seulement des faits qui ne peuvent être ni remis en cause, ni contrôlés. Illustrons cette formule à partir d'un cas jugé par le Conseil d'État français.

À la frontière du droit disciplinaire de la fonction publique, une affaire examinée par le Conseil d'État français le 26 janvier 2018<sup>43</sup> montre que la question du *ne bis in idem* n'est pas en cause dans le cas où deux autorités hiérarchiques de deux États prennent des décisions administratives individuelles tirant les conséquences d'un même manquement commis par un agent public sous contrat d'engagement avec l'armée. Les faits sont les suivants : un élève officier de Saint-Cyr-Coëtquidan devait intégrer au terme de sa scolarité administrative et militaire le corps d'armée franco-allemand. Il a dû suivre une partie de cette scolarité dans l'école allemande des officiers. Le directeur de cette école a décidé que cet officier français devait interrompre sa formation allemande notamment à raison de son comportement. La question posée au Conseil d'État était de savoir s'il pouvait annuler l'exclusion de cet officier de la formation militaire française d'accès au corps d'armée franco-allemand décidée par l'autorité militaire française à raison de l'illégalité de la décision de l'autorité militaire allemande. En droit allemand, la décision d'exclusion devait être prise par le ministre fédéral des armées et non par le directeur de l'école. Le Conseil d'État applique sa jurisprudence traditionnelle en considérant « *qu'en l'absence de dispositions expresses d'une convention internationale l'y autorisant, il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la légalité d'un acte pris par une autorité administrative étrangère* ». Le ministre français de la Défense était tenu d'exclure l'intéressé « *sans pouvoir porter une appréciation sur le bien-fondé de la demande formulée par les autorités allemandes au regard du comportement de l'intéressé ainsi que des faits qui lui étaient reprochés* ». Les autorités françaises étaient dans cette affaire en situation de compétence liée pour procéder à l'exclusion. Il ne leur était pas possible de remettre en cause la validité d'un acte administratif hors du territoire de l'État d'émission. Le droit de l'Union européenne comme celui de la CEDH

---

43 CE 26 janvier 2018, MB *c/ministère de la Défense*, requête n° 403177.

ont bien prévu la répartition des compétences juridictionnelles en cas de litige concernant des actes ou des structures de coopération transfrontalière<sup>44</sup>. Hors les actes émis dans le cadre du système Schengen, le droit européen n'a pas non plus envisagé de faire des actes administratifs d'un État des éléments de droit dans un autre État. Le « *contrôle des actes de la puissance publique continue de relever exclusivement de l'État d'émission, même lorsque ces actes déploient leurs effets en dehors de cet État* »<sup>45</sup>. Il existe donc un monopole de la puissance publique nationale pour apprécier la légalité de ses propres actes et ses juridictions ne peuvent juger que de la conformité à la loi des actes émanant de l'État dont elles procèdent<sup>46</sup>. Cette « posture juridique » semble commune à l'ensemble des États européens.

Cette affaire relève de la transnationalité d'une manière classique en application du principe de territorialité du droit administratif. La décision de l'administration allemande est un fait pour l'ordre juridique français lequel doit provoquer une décision administrative individuelle à l'égard d'un agent public en France<sup>47</sup>.

Un autre exemple bien connu en droit français de la fonction publique est la jurisprudence *Tégos*<sup>48</sup> selon laquelle « *le juge administratif français n'est pas compétent pour connaître d'un litige né de l'exécution d'un contrat [en l'espèce un contrat d'emploi d'un enseignant dans un établissement français à l'étranger] qui n'est régi en aucune façon par le droit français* », « *la commune volonté des parties* » ayant été de se placer sous

44 Cf. ANTONY TAILLEFAIT, « La coopération transfrontalière », in: AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (édit.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, 3<sup>e</sup> éd., à paraître 2021, p. 1289.

45 MARIE GAUTIER, « Acte administratif transnational et droit de l'Union européenne », in: AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (édit.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, 3<sup>e</sup> éd., à paraître 2021, p. 1293.

46 RAYMOND ODENT, *Contentieux administratif*, Paris 1977-1978, p. 158.

47 HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, *Le concept de droit*, trad. de l'anglais par Michel Van de Kerchove, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles 2019, p. 89, écrit qu'« Il est important de comprendre que le pouvoir du souverain est juridiquement illimité par définition : la théorie affirme simplement que le pouvoir législatif ne pourrait connaître de limites juridiques que dans le cas où le législateur serait lui-même sous les ordres d'un autre législateur, et dans ce cas, il ne serait plus souverain. S'il est souverain, il n'obéit à aucun autre législateur et son pouvoir normatif ne connaît aucune limite juridique. »

48 CE 19 novembre 1999, *Tégos*, requête n° 183648, *RFDA* 2000, conclusions JACQUES ARRIGHI DE CASANOVA, *AJFP* 2001, p. 10, commentaire de FRANCIS BERGUIN.

le régime de la loi et des juridictions locales, étrangères à la France. Avant ce revirement de solution de droit de la fonction publique, le juge administratif français acceptait de faire application des droits étrangers : droit du travail ou droit des obligations ou droit de la fonction publique<sup>49</sup>. La juridiction administrative admet cependant aujourd'hui qu'elle est compétente malgré tout dans le cas où un recours pour excès de pouvoir est dirigé par ces agents de la France dit de droit local contre des actes émanant de l'administration française et régissant leur situation<sup>50</sup>. Dans cette affaire de 2007 intéressant des enseignants, fonctionnaires en France, exerçant des missions à l'étranger pour le compte du ministère des affaires étrangères, le Conseil d'État complète la jurisprudence *Téegos* en acceptant le recours en annulation d'une instruction qui donnait l'ordre à l'ambassadeur de France en Italie de modifier le régime d'emploi des fonctionnaires français en détachement sur un contrat d'emploi local. On le voit, la transnationalité en droit administratif ne rejoint qu'assez rarement semble-t-il l'extraterritorialité.

Sans chercher à être exhaustif dans le cadre de cette contribution, est aussi une situation de transnationalité administrative le refus opposé par la France d'assurer la protection fonctionnelle d'un agent de service public français à l'étranger et de ses proches, lors même que leurs contrats seraient soumis au droit local<sup>51</sup>.

Bien d'autres hypothèses peuvent être recensées afin probablement de pouvoir autoriser un travail de systématisation juridique : quel droit ou combinaison de droits appliquer ? Quelles techniques juridiques employer ? Quelles questions de principe soulever ? Etc.

\*\*\*

L'ensemble des questions posées par l'usage de la forme contractuelle ou de la forme statutaire entre l'administration publique employeuse et son personnel réclame des développements incompatibles avec les limites du

---

<sup>49</sup> CE 28 janvier 1983, *Mme Johnston*, requête n° 15093.

<sup>50</sup> CE 10 janvier 2007, *Syndicat national CGT du ministère des affaires étrangères*, requête n° 270084, *AJDA* 2007, p. 481, note FRANCIS BERGUIN, *AJFP* 2007, p. 71.

<sup>51</sup> CE 1<sup>er</sup> février 2019, *M.A., Tarjuman*, requête n° 421694, *AJDA* 2019 p. 744, chroniques CLÉMENT MALVERTI, CYRILLE BEAUFILS ; CE 26 février 2020, requête n° 436176.

présent propos. Mais mieux vaut ne pas se le cacher, une telle étude ne peut se satisfaire d'un travail doctrinal qui se donnerait pour seule ambition de servir la cause des acteurs de la fonction publique, des gouvernements et des hauts fonctionnaires avant tout. Ne pas se résoudre à seulement clarifier les atouts juridiques de leurs volontés transformatrices en quelque sorte. Mais, d'autre part, l'advenue de la fonction publique du XXI<sup>e</sup> siècle est le résultat, sur sa pente juridique, d'une conjonction de facteurs qui se sont formés de manière souvent indépendante avant peut être d'en venir à se combiner dans un nouveau système. Celui-ci reste encore brouillé mais le juriste ne peut se désintéresser de l'échéance native qu'il lui appartient de déchiffrer.

# La double pertinence du principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats de travail conclus par la Confédération : impératif contractuel et impératif de l'Etat de droit

JÉRÔME CANDRIAN\*

*Dr en droit, juge auprès du Tribunal administratif fédéral*

## I. Introduction

Dans toute relation de travail, qu'elle soit soumise au droit civil ou au droit public, l'employeur et l'employé sont tenus d'exécuter la prestation convenue d'un commun accord, dans les droits et les obligations réciproques qui en découlent, de la manière requise et en toute bonne foi (cf. art. 2, al. 1, du CC<sup>1</sup>). Si l'Etat est l'employeur, il est de surcroît soumis, indépendamment de la nature publique ou civile de la relation de travail, à « un corps de contraintes du droit constitutionnel »<sup>2</sup>, dont participe le principe de la bonne foi en tant que fondement de l'Etat de droit (cf. art. 5, al. 3 Cst.<sup>3</sup>) et droit fondamental (cf. art. 9 Cst.).

La présente contribution s'intéressera, à partir de la jurisprudence, aux incidences de l'application du droit public sur les relations de travail à partir du prisme de la bonne foi. Il s'agira en particulier de déterminer si l'application du droit public induit des droits et obligations particuliers à ce titre pour les parties contractantes et, spécialement, pour la Confédération en tant qu'employeur.

---

\* L'auteur s'exprime à titre personnel.

1 Code civil du 10 décembre 1907 – RS 210.

2 TANQUEREL (2012), p. 49 et p. 61.

3 Constitution fédérale de la confédération suisse du 18 avril 1999 – RS 101.

## II. Le cadre légal des rapports de travail de droit public

### A. Droit public contractuel

#### 1. *Justification d'un régime spécial de droit public*

La Constitution fédérale ne règle pas la nature juridique des rapports de travail des employés des collectivités publiques. Les motifs qui plaident en faveur du rapport de droit public résident notamment dans la nature particulière de l'État et des tâches exercées par son personnel, les contraintes constitutionnelles qui pèsent sur l'État employeur, ainsi que l'absence de besoin d'un recours au droit privé<sup>4</sup>. L'art. 342, al. 1, let. a CO<sup>5</sup>, qui réserve les dispositions de la Confédération, des cantons et des communes concernant les rapports de travail de droit public<sup>6</sup>, permet aux collectivités publiques d'adopter librement leur propre statut du personnel et de soumettre la relation de service à des règles qui leur sont propres<sup>7</sup>.

Le droit de la fonction publique est ainsi appelé, en tant que droit spécial (dérogatoire), à devoir se justifier par rapport aux dispositions du Code des obligations relatives au contrat de travail. Il est la conséquence logique du fait que travailler pour l'Etat est différent du travail pour un employeur privé, en ce sens que des intérêts publics sont ici en cause. En même temps, le droit de la fonction publique est nécessairement conçu à partir des règles et des principes fondamentaux du droit privé, tout en ayant pour finalité d'assurer leur transposition en droit public. Enfin, en adoptant la loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000<sup>8</sup>, la volonté du législateur a été de n'instaurer un droit particulier du travail que dans les cas où l'application du Code des obligations n'aboutirait pas aux buts fixés ou si les circonstances particulières du travail pour

---

4 ATF 139/2013 I 57, 59, c. 5.1; arrêt TF 8C\_295/2019 du 5 mai 2020, c. 3.1; DE-FAGO GAUDIN (2016), p. 272; SUBILIA ROUGE (2003), p. 289.

5 Code des obligations du 30 mars 1911 – RS 220.

6 Sauf en ce qui concerne les art. 331, al. 5, et 331a à 331e CO.

7 Ce statut particulier, qui, pour être en général globalement plus favorable pour les employés, peut comporter par rapport au CO des contraintes plus sévères sur certains points (*cf.* arrêt TF 2P.121/2005 du 19 juillet 2005, c. 4.2: temps d'essai plus long).

8 LPers (en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001 pour les Chemins de fer fédéraux et depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2002 pour le reste de la Confédération). – RS 172.220.1.

la Confédération exigent, au vu des garanties matérielles et procédurales propres au droit public, des normes divergentes<sup>9</sup>.

## 2. *D'un régime statutaire à un régime contractuel de droit public*

La notion de contrat était inconnue de l'état des fonctionnaires fédéraux jusqu'à l'adoption de la LPers et l'abrogation du Statut des fonctionnaires du 20 juin 1927<sup>10</sup>. Le caractère légal et réglementaire de leur situation interdisait jusqu'alors qu'ils pussent être unis à leur employeur par une quelconque convention qui viendrait modifier leurs droits et obligations. Depuis l'entrée en vigueur de la LPers, le droit de la fonction publique est devenu un droit contractuel dont la définition des droits et des obligations demeure toutefois du ressort essentiellement de la loi et de ses dispositions d'exécution.

La LPers régit les relations entre la Confédération et son personnel<sup>11</sup> qui relèvent du droit du travail (cf. art. 2, al. 1, let. a, LPers). Le statut du personnel fédéral reste régi par le droit public<sup>12</sup>. Les rapports de travail découlent de la conclusion d'un contrat de travail de droit public établi en la forme écrite (art. 8 LPers). Ils ne sont plus conclus pour une période administrative de quatre ans comme sous le Statut des fonctionnaires<sup>13</sup>,

---

<sup>9</sup> Message du Conseil fédéral du 14 décembre 1998 (Message LPers), FF 1999 1421 1433.

<sup>10</sup> StF – RO 43 449.

<sup>11</sup> Sur le plan fédéral, sont employeurs le Conseil fédéral, l'Assemblée fédérale, les Chemins de fer fédéraux (CFF), le Tribunal fédéral (TF), le Ministère public de la Confédération (MPC) et l'Autorité de surveillance du MPC (art. 3 LPers). De même, les départements, la Chancellerie fédérale, les groupements, les offices et les unités administratives décentralisées, dans la mesure où le Conseil fédéral leur délègue les compétences nécessaires à cet effet (art. 3, al. 2 LPers); enfin, les tribunaux fédéraux de première instance, dans la mesure où les lois correspondantes (ou le Conseil fédéral) leur délèguent les compétences nécessaires à cet effet (art. 3, al. 3 LPers).

<sup>12</sup> Message LPers, FF 1999 1421, 1422-1423.

<sup>13</sup> A l'occasion des modifications de la LPers entrées en vigueur le 1er juillet 2013, la nomination pour une durée de fonction a été supprimée pour la plupart des employés de la Confédération. Selon l'art. 14, al. 1, LPers, les personnes nommées pour une durée de fonction sont soumises aux dispositions des lois spéciales et aux dispositions d'exécution de ces lois. Dans le cas où de telles réglementations spéciales font défaut, l'art. 14, al. 2, LPers prévoit que les dispositions de la LPers sont applicables sous réserve des dérogations mentionnées; arrêt TAF A-5942/2016 du 21 janvier 2019, c. 3.

mais pour une période préétablie (cf. art. 9 LPers)<sup>14</sup> ou pour une période indéterminée et révocable bénéficiant d'une protection consolidée contre le licenciement (cf. art. 10 LPers). Le droit public demeure même très prégnant dans la mesure où si, lors de litiges liés aux rapports de travail, aucun accord n'est conclu, l'employeur intervient unilatéralement en rendant une décision (cf. art. 34, al. 1, LPers).

### 3. *Révision de la LPers du 14 décembre 2012*

L'un des objectifs majeurs de la révision de la LPers du 14 décembre 2012, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2013<sup>15</sup>, a été d'accroître la marge de décision et de manœuvre de la Confédération<sup>16</sup>. La poursuite de l'harmonisation entre la LPers et le Code des obligations s'est en particulier traduite par l'assouplissement de la réglementation sur la résiliation des rapports de travail. Les motifs de résiliation figurant à l'art. 10, al. 3, LPers continuent d'être mentionnés, mais l'énumération n'est plus exhaustive. La protection contre les licenciements reste toutefois meilleure au sein de la Confédération que dans le secteur privé. L'employeur continue à ne pouvoir résilier de manière ordinaire un contrat de travail que pour des « motifs objectifs suffisants ». Contrairement au régime de 2002 toutefois, la réintégration au poste de travail n'est désormais possible qu'en cas d'une résiliation des rapports de travail qui enfreint gravement le droit en vigueur (par ex. résiliation en temps inopportun ou abusive) (cf. art. 34c LPers). En cas de résiliation non valable (donnée sans motifs suffisants), le contrat de travail demeure rompu et l'employeur doit verser une indemnité correspondant au minimum à six mois de salaire et au maximum à un salaire annuel (cf. art. 34b LPers)<sup>17</sup>. Ainsi, une résiliation ordinaire nécessite dans tous les cas des motifs objectifs suffisants, tandis qu'une résiliation immédiate au sens de l'art. 10 al. 4 LPers continue à exiger de justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

---

<sup>14</sup> Arrêt TAF A-1754/2017 du 12 décembre 2018.

<sup>15</sup> RO 2013 1493 ; Message du Conseil fédéral du 31 août 2011 (FF 2011 6171), ci-après : Message révision LPers.

<sup>16</sup> Message révision LPers, FF 2011 6171 6176.

<sup>17</sup> Message révision LPers, FF 2011 6171 6172, 6177.

## B. Rapprochement toujours plus étroit avec le droit privé

### 1. Application du Code des obligations en tant que droit supplétif

Dès le départ, la volonté du législateur a été d'adopter un régime contractuel de droit public qui tend à se rapprocher, autant que possible, de celui du Code des obligations, tout en étant conscient des contraintes du droit public :

« Le cadre juridique des rapports de travail au sein de la Confédération y est défini de façon à ce que les relations entre employeur et employé soient régies de façon équivalente dans les secteurs privé et public. Dans les cas où les règles ne se prêtent pas aux rapports de travail au sein de la Confédération, la LPers instaure des normes particulières qui y dérogent. En outre, en vertu du principe de la légalité, la LPers doit contenir des bases définissant les prestations de l'Etat et les restrictions des droits fondamentaux, ces derniers éléments ne nécessitant pas forcément une base légale explicite dans le secteur privé. Ainsi, malgré l'applicabilité de principe du Code des obligations (art. 6 al. 2 LPers), la nécessité objective de s'écarter de certaines normes régissant le droit privé du travail et l'obligation, pour toute l'action étatique, de respecter les principes constitutionnels nécessitent une LPers autonome. »<sup>18</sup>

Une nouveauté essentielle par rapport au Statut des fonctionnaires de 1927 tient à ce que les dispositions pertinentes du Code des obligations sont applicables par analogie (cf. art. 6, al. 2, LPers) en tant que *droit public supplétif*<sup>19</sup> si la LPers ne prévoit pas de dérogation. En corollaire, la jurisprudence publiciste applique *par analogie* les règles du contrat de travail et les principes dégagés par la jurisprudence civiliste en la matière lorsque les mêmes concepts sont en jeu, telles les notions de justes motifs de résiliation ou de résiliation abusive, tout en sachant les adapter le cas échéant au droit public<sup>20</sup>.

Il s'ensuit que la LPers et les lois spéciales passent avant le Code des obligations. Ce dernier n'est applicable par analogie que si la LPers ne contient pas de dispositions y dérogeant explicitement. Inversement, les dispositions d'exécution de la LPers ne peuvent déroger aux prescrip-

---

<sup>18</sup> Message LPers, FF 1999 1421, 1428.

<sup>19</sup> Arrêt TAF A-6428/2015 du 26 avril 2016, c. 4.2. Tel est le cas par exemple s'agissant de l'établissement du certificat de travail (application de l'art. 330a CO par analogie: arrêt TAF A-5307/2018 du 18 juin 2019, c. 7.1).

<sup>20</sup> Arrêts TAF A-4913/2016 du 26 juillet 2017, c. 5.1 et A-1754/2017 du 12 décembre 2018, c. 6.1; SUBILIA ROUGE (2003), p. 298.

tions contraignantes du Code des obligations que si la LPers ou d'autres lois fédérales l'autorisent expressément.

## 2. *Application directe du Code des obligations*

Il n'existe pas d'exclusion générale du recours au droit privé pour régler les rapports de travail du personnel étatique<sup>21</sup>. La conclusion par l'Etat d'un contrat de travail soumis au droit privé suppose en tous les cas, conformément aux principes de la légalité et de l'égalité<sup>22</sup>, qu'il trouve un fondement dans une réglementation claire et sans équivoque, et qu'il ne soit pas exclu par le droit applicable<sup>23</sup>. De manière générale, la conclusion d'un contrat de travail de droit privé ne doit pas avoir pour objectif de *contourner* l'application du droit public (la LPers), ce qui serait constitutif d'un abus de droit<sup>24</sup>. Par ailleurs, pour déterminer si un rapport juridique relève du droit privé ou du droit public, on ne peut pas se fonder sur la qualification juridique utilisée par les parties; ce qui est décisif, c'est le contenu réel du rapport de droit. Si une autorité est partie audit rapport de droit, le droit public est présumé applicable<sup>25</sup>.

La base légale en cause peut consister en une indication selon laquelle le recours au droit privé est possible dans certains cas de figure, comme le fait l'art. 6, al. 5, première phrase, et al. 6 LPers, qui prévoit que le Conseil fédéral peut soumettre au Code des obligations certaines catégories de personnel, notamment le personnel auxiliaire et les stagiaires, lorsque cette mesure se justifie, ainsi que d'autres employés dans des cas particuliers<sup>26</sup>. Il peut édicter des règles minimales applicables à ces rapports de travail. En cas de litige découlant des rapports de travail du personnel soumis au Code des obligations, les tribunaux civils sont alors compétents (cf. art. 6, al. 7, LPers)<sup>27</sup>.

---

21 Arrêt TF 8C\_295/2019 du 5 mai 2020, c. 3.1 et les réf.

22 GRIFEL (2020), p. 462; TANQUEREL (2012), p. 57 s. et 62 s.

23 ATF 118/1992 II 213, 217, c. 3; arrêt TF 8C\_467/2012 du 14 février 2013, c. 5.4.1.

24 GRIFEL (2020), p. 468 s.

25 Arrêt TF 8C\_295/2019 du 5 mai 2020, c. 3.2 et les réf.

26 DEFAGO GAUDIN (2016), p. 265 s.; GRIFEL (2020), p. 460; SUBILIA ROUGE (2003), p. 292 ss.

27 GRIFEL (2020), p. 464; NGUYEN MINH SON (2012), p. 192.

Même lorsqu'elle entend agir comme un partenaire de droit privé, la collectivité demeure contrainte de respecter non seulement les dispositions du Code des obligations, mais également les principes généraux de l'activité administrative, parmi lesquels figurent le droit d'être entendu, le principe de la bonne foi, l'égalité de traitement et le principe de la proportionnalité, de même que le devoir de l'autorité d'adopter une attitude neutre et objective<sup>28</sup>. En d'autres termes, l'Etat demeure l'Etat même si ses rapports de travail sont soumis au droit privé<sup>29</sup>. Ainsi, il découle de la jurisprudence qu'une collectivité publique doit respecter ces principes constitutionnels quand bien même elle soumettrait les rapports de travail de son personnel au droit privé directement applicable (et pas seulement à titre de droit public fédéral ou cantonal supplétif)<sup>30</sup>.

### 3. *Garanties du droit public*

Conformément à l'art. 6, al. 1, LPers, le personnel de la Confédération a les droits et les obligations définis dans la Constitution et dans la législation. L'employé public dispose de garanties au moins équivalentes à celles de l'employé privé. Tant ses obligations (p.ex., régime des sanctions disciplinaires, dont la baisse de salaire) que ses droits (p.ex., protection contre la résiliation sans motif) sont toutefois plus étendus, soit directement par le biais des dispositions de droit matériel, soit indirectement par le droit de procédure.

En droit matériel, les organes de l'Etat sont liés, dans leurs actes, aux principes constitutionnels de base, conformément à l'art. 5 Cst. (« Principes de l'activité de l'Etat régi par le droit »). Ils sont tenus de respecter la législation applicable et ne peuvent agir que si une base légale valable l'y autorise (*principe de la légalité*, al. 1); leurs activités doivent répondre à un intérêt public (*principe de l'intérêt public*) et être proportionnées au but visé (*principe de la proportionnalité*) (al. 2); et ils doivent agir *conformément aux règles de la bonne foi* (al. 3). Ils sont en outre liés par les principes constitutionnels de *l'égalité de traitement* (cf. art. 8 Cst.) et de *l'interdiction de l'arbitraire* (cf. art. 9 Cst.).

---

<sup>28</sup> ATF 145/2019 II 303, 311, c. 6.5.1 et les réf.; GRIFEL (2020), p. 465 ss; MÜLLER/PÄRLI/CARONI (2020), p. 14.

<sup>29</sup> GRIFEL (2020), p. 465; NÖTZLI (2017), p. 309.

<sup>30</sup> Arrêt TF 2P.137/2005 du 17 octobre 2005, c. 3.1; STEFFEN (2005), p. 55.

Quant à la procédure administrative, elle encadre très étroitement les droits et les obligations des parties au contrat de travail de droit public. D'une part, par les garanties propres au *droit d'être entendu* (cf. art. 29 al. 2 Cst.); et, d'autre part, par la *décision* qui, en tant qu'acte administratif unilatéral, est le principal mode d'expression de la volonté des autorités administratives en cas de litige.

### III. La double garantie du principe de la bonne foi

#### A. Principe de la bonne foi

##### 1. Principe général du droit

Le principe de la bonne foi était implicitement garanti par la Constitution fédérale du 29 mai 1974, sous l'angle du principe général de l'égalité de traitement (art. 4 aCst.). Il a été développé à l'origine sur la base des concepts propres au droit civil (cf. art. 2 CC), et a été étendu par la jurisprudence à l'ensemble des domaines du droit, y compris en droit public<sup>31</sup>. L'art. 2 CC est ainsi devenu de droit commun suisse<sup>32</sup>.

Dans les rapports entre les organes de l'Etat et les particuliers, il est désormais explicitement consacré, sur une base réciproque, à l'art. 5, al. 3, Cst., selon lequel les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. L'art. 9 Cst. peut également être invoqué en tant que droit fondamental du particulier à la protection de sa bonne foi dans ses relations avec l'Etat<sup>33</sup>. Ce droit à la *sécurité juridique* protège, à des conditions strictes imposées par le respect du *principe de la légalité*, le citoyen dans la confiance légitime<sup>34</sup> qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé

<sup>31</sup> ATF 83/1957 II 245, 247, c. 2; STEINAUER (2009) *Le Titre préliminaire*, n° 508.

<sup>32</sup> DESCHENAUX (1969), p. 150.

<sup>33</sup> ATF 142/2016 II 206, 209, c. 2.3; ATF 138/2012 I 49, 53, c. 8.3.1; ATF 136/2010 I 254, 261, c. 5.2; ATF 126/2000 II 377, 387, c. 3a; AUBERT/MAHON (2003), art. 5 n° 16.

<sup>34</sup> ATF 141/2015 V 530, 538, c. 6.2; ATF 137/2011 II 182, 193, c. 3.6.2; ATF 131/2005 II 627, 636, c. 6.1; arrêts TAF A-5278/2018 du 29 janvier 2019, c. 4.3.1 et A-6840/2015 du 21 décembre 2016, c. 5.6.4; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), ch. 6.4.5; TANQUEREL (2018), *Manuel de droit administratif*, n° 569.

de l'administration<sup>35</sup>. En outre, le principe de la bonne foi commande aux autorités comme aux particuliers de s'abstenir, dans les relations de droit public, de tout comportement contradictoire ou abusif<sup>36</sup>.

Demeure toutefois réservée en droit public l'application de l'art. 2, al. 1, CC, en tant qu'il énonce une règle de comportement qui s'inscrit dans une relation juridique préexistante entre deux personnes, en particulier lorsqu'elles sont liées par un contrat<sup>37</sup>. Tel est désormais le cas de la relation qui lie l'Etat employeur et son employé.

Ce sont ainsi les applications conjointes des art. 5, al. 3, Cst. et 2 CC qui confèrent une *double garantie* au principe de la bonne foi dans les rapports de travail conclus par la Confédération.

## 2. *Principe contractuel général*

### a. Bonne foi dans le contrat de travail de droit privé

Le contrat de travail est une convention à exécution successive, conclue *intuitu personae* et fondée sur un rapport de confiance réciproque; son exécution de bonne foi est la condition *sine qua non* de sa pérennité. Tout au long de l'existence de la relation de travail, chacun des partenaires doit « *respecter les intérêts essentiels* » de l'autre. Autrement dit, la bonne foi commande de respecter le contrat et le *cocontractant*. Le devoir de loyauté se manifeste par ailleurs dans l'exercice du droit de

---

<sup>35</sup> Le principe de la bonne foi protège la confiance légitime que le citoyen place dans les assurances reçues de l'autorité ou dans tout autre comportement adopté par celle-ci et suscitant une expectative déterminée pour autant que les cinq conditions suivantes soient cumulativement réunies: (a) l'autorité est intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées; (b) elle a agi ou était censée avoir agi dans les limites de sa compétence; (c) l'administré n'a pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu; (d) il s'est fondé sur celui-ci pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir de préjudice; (e) la loi n'a pas changé depuis le moment où le renseignement a été donné (cf. arrêt TF 1C\_277/2020 du 27 août 2020, c. 2.2; arrêt TAF A-262/2018 du 29 mars 2019, c. 8.1.1). Il convient encore de procéder à une pesée des intérêts en présence – bien que son examen par le Tribunal fédéral paraisse trop ponctuel pour considérer qu'il s'agit d'une condition (cf. ATF 137/2011 I 69, c. 2.6) – et de déterminer si, exceptionnellement, l'intérêt à une fidèle application du droit en vigueur ne prime pas l'intérêt de l'administré à voir sa confiance protégée (cf. arrêt TAF A-262/2018 du 29 mars 2019, c. 8.1.1).

<sup>36</sup> ATF 136/2010 I 254, 261, c. 5.2.

<sup>37</sup> STEINAUER (2009), *Le Titre préliminaire*, n° 463-464.

résiliation des contrats à durée indéterminée. Le droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat de travail est limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO). L'énumération prévue dans la loi n'est pas exhaustive. Elle concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit et en aménage les conséquences juridiques pour le contrat de travail. Le recours direct à l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) reste possible, de manière exceptionnelle, l'application de cette norme présupposant néanmoins l'abus *manifeste* d'un droit, condition qui n'est pas requise dans le cadre de l'art. 336 CO<sup>38</sup>. D'autres situations constitutives de congé abusif sont donc également admises par la pratique<sup>39</sup>.

#### b. Bonne foi dans le contrat de travail de droit public

Le rapport contractuel de droit public qui lie l'Etat et son employé se superpose à la relation générale de principe qui lie l'Etat et les particuliers. La protection de la confiance dans les contrats de droit administratif est assurée en général par le droit des contrats. Il s'agit de la bonne foi déduite de l'art. 2 CC. Aussi longtemps que la confiance repose sur un rapport contractuel, il n'y a donc pas de place pour un recours direct à l'art. 9 Cst.<sup>40</sup>. Par ailleurs, l'art. 5, al. 3, Cst. n'intervient alors que pour conférer aux règles de comportement imposées aux contractants par l'art. 2 CC une valeur dont la portée doit prendre également en compte, contrairement à une relation contractuelle entre deux personnes privées, les exigences propres à la qualité juridique de l'Etat dans un Etat de droit.

A cet égard, en déclarant l'applicabilité des dispositions pertinentes du Code des obligations, l'art. 6, al. 2, LPers intègre directement à la relation de travail de droit public des normes du droit privé à titre de droit supplétif, ensemble avec la jurisprudence y afférente, lesquelles comprennent les dispositions générales du Code civil. Ainsi, le principe de la bonne foi contractuelle s'applique aussi bien à l'égard de l'Etat employeur que de l'employé dans leurs relations mutuelles. Il signifie en tant que tel, et en tant qu'il est renforcé par l'art. 5, al. 3, Cst., que les

<sup>38</sup> WYLER/HEINZER (2019), p. 806-807.

<sup>39</sup> ATF 107/1981 II 169, 170, c. 1a, JdT 1981 I 287.

<sup>40</sup> ATF 122/1996 I 328, 341, c. 7c, JdT 1997 I 452.

relations contractuelles de droit public entre l'autorité et ses employés doivent reposer structurellement sur un comportement loyal et digne de confiance des deux contractants dans l'exécution de leurs obligations contractuelles au service de l'intérêt public (bonne foi active, *Treu und Glauben*)<sup>41</sup>.

### 3. *Principe procédural*

Lorsqu'un litige oppose l'Etat employeur et son employé devant un tribunal, un rapport de procédure (lien d'instance) se superpose au rapport juridique litigieux, dont on infère certains devoirs envers la partie adverse, dont celui de se comporter de bonne foi et d'éviter tout abus de droit<sup>42</sup>. Si, en procédure civile, l'art. 52 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008<sup>43</sup> énonce expressément que « *quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi* »<sup>44</sup>, il est admis que ce devoir résulte directement de l'art. 2 CC<sup>45</sup>. Le principe est le même en procédure administrative au titre de l'art. 5 al. 3 Cst., même si ni les règles de procédure de la LPers, ni la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968<sup>46</sup>, déterminante dès qu'une procédure administrative fédérale est engagée, n'évoquent le devoir de procéder selon les règles de la bonne foi. A la différence de la procédure civile, l'Etat employeur se voit toutefois imposer, en procédure administrative, le devoir de procéder de bonne foi en sa triple qualité de partie au rapport d'instance, d'organe dépositaire de l'autorité publique, et de partie contractante.

---

41 En revanche, la bonne foi au sens de l'art. 3 CC, à savoir l'ignorance d'une irrégularité juridique (bonne foi passive), n'est pas pertinente en droit administratif (cf. arrêt TAF A-2108/2016 du 25 août 2016, c. 2.4). Les administrés ne sauraient en effet se prévaloir de leur méconnaissance du droit (cf. ATF 126/2000 V 308, 312, c. 2b; ATF 124/1998 V 215, 220, c. 2b/aa; arrêt TF 8C\_716/2010 du 3 octobre 2011, c. 4).

42 EGLI (1991), p. 227.

43 CPC – RS 272.

44 Si, au cours d'une procédure civile, les deux parties poursuivent un but égoïste, le procès, même de droit privé, est une institution destinée à servir à la manifestation de la vérité matérielle dans l'intérêt public (HABSCHEID [1981] p. 363).

45 ATF 132/2006 I 249, 252, c. 5; ATF 126/2000 I 165, 166, c. 3b.

46 PA – RS 172.021.

## B. Exécution de bonne foi des contrats de travail de droit public

### 1. Devoir impératif d'exemplarité de l'Etat employeur

En tant qu'Etat de droit, l'Etat doit agir, dans toutes ses actions, de manière à ce qu'il puisse vouloir en même temps conférer à son action particulière une portée générale. Plus simplement dit, l'Etat de droit a un devoir d'exemplarité en toutes ses actions. Tel est bien entendu le cas de l'Etat employeur, soumis au double regard de ses employés et de ses administrés, afin de conférer pleine légitimité à la légalité de son action.

#### a. Devoir général de respect de la personne de l'employé

Il faut mentionner par exemple l'art. 4, al. 3, LPers qui impose à l'employeur de veiller à *prévenir l'arbitraire dans les rapports de travail* et prévoit qu'il introduit en ce sens un système d'évaluation fondé sur des entretiens avec le collaborateur<sup>47</sup> qui soit propre à assurer, d'une part, une rétribution tenant *équitablement* compte des prestations fournies et, d'autre part, un développement de l'employé axé sur des objectifs.

L'employeur a le devoir de protéger la personnalité de ses employés comme l'exige l'art. 328 CO, disposition qui vaut dans les relations de travail fondées tant sur le droit privé<sup>48</sup> que sur le droit public<sup>49</sup>. Le devoir général de respect de la personne du salarié et de stabilité de la relation de travail se double, lorsque l'Etat est lui-même employeur, d'une exigence particulière qui tient à sa qualité d'autorité détentrice de la puissance publique. Le devoir de sollicitude (*Fürsorgepflicht*) implique notamment que l'autorité prenne en considération, lorsqu'elle statue sur la situation d'un employé, l'ensemble des éléments qui sont susceptibles de déterminer sa décision et tienne compte de la position juridique de l'employé. Ce faisant, elle doit prendre en considération non seulement *l'intérêt du service*, dans la mesure où elle doit veiller au bon fonctionnement de l'administration publique en sa qualité d'employeur<sup>50</sup>, ce qui lui impose d'être *exigeant* dans le choix de ses agents au terme de la

---

47 STEFFEN (2005), 53.

48 Ainsi, l'employeur ne doit pas stigmatiser, de manière inutilement vexatoire et au-delà du cercle des intéressés, le comportement du travailleur (cf. ATF 137/2011 III 30, c. 2.2.2).

49 Arrêt TF 8C\_41/2017 du 21 décembre 201, c. 3.6.2.

50 ATF 108/1982 Ib 419, 421, c. 2b; arrêt TF 2A.520/2000 du 23 mars 2001, c. 4b/bb.

période d'essai, mais également *l'intérêt de l'agent concerné* en tant qu'il est employé au service de l'Etat<sup>51</sup>.

Ainsi, le contrat de travail de droit public peut en principe être modifié en tout temps d'entente entre les parties. Conformément à l'art. 30, al. 2, de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001<sup>52</sup>, si aucune entente n'est trouvée au sujet d'une modification du contrat, ce dernier doit être résilié conformément aux dispositions de l'art. 10 LPers (les cas visés à l'art. 25, al. 3, 3<sup>bis</sup>, et 4 OPers, font exception à cette règle). Cela étant, de la règle de l'art. 19, al. 1, LPers – selon laquelle l'employeur, avant de résilier le contrat de travail sans qu'il y ait faute de l'employé, prend toutes les mesures qui peuvent raisonnablement être exigées de lui pour garder l'employé à son service – s'évince qu'il peut être contraire à la bonne foi de résilier un contrat de travail et de *proposer la continuation de la relation de travail à des conditions modifiées*. Si une telle faculté de l'employeur public n'est pas à exclure en soi, elle suppose toutefois que la résiliation du contrat de travail repose sur des motifs objectivement suffisants au sens de l'art. 10, al. 3, LPers, ce dont la décision de résiliation devra se faire l'écho<sup>53</sup>.

b. Respect de la confiance inspirée par l'Etat employeur

Conformément à l'art. 2 CC, la relation de confiance contractuelle suppose que chaque partie veille à respecter les droits et obligations de l'autre partie et accepte de se voir opposer les conséquences qui peuvent objectivement être déduites de son propre comportement ainsi que les attentes légitimes qu'elle a créées. Il en résulte par ailleurs que ne peut prétendre à être traité conformément aux règles de la bonne foi que celui qui n'a pas lui-même violé ce principe de manière significative<sup>54</sup>.

Ainsi, il a été jugé que le fait qu'un employé des CFF avait contrevenu aux prescriptions de service relatives au port de la plaquette nominative ne pouvait lui être reproché au cas d'espèce, dans la mesure où il pouvait de bonne foi se considérer au bénéfice de la dérogation qui lui avait

---

51 Arrêt TAF A-6432/2018 du 10 février 2020, c. 3.3.1.

52 OPers – RS 172.220.111.3.

53 Arrêt TAF A-2498/2016 du 11 avril 2017, c. 3.3 et les réf.

54 Arrêt TF 2A.52/2003 du 23 janvier 2004, c. 5.2; TANQUEREL (2018), *Manuel de droit administratif*, n° 580.

été octroyée par son ancien supérieur. Si cette dérogation n'avait pas été consignée dans le dossier personnel de l'employé, il s'agissait d'une négligence de l'employeur qui était ainsi opposable à ce dernier<sup>55</sup>.

Dans les limites du droit constitutionnel, le législateur est en principe libre d'adopter de nouvelles dispositions ou de modifier des dispositions pour les adapter à des circonstances nouvelles. En certaines circonstances, la jurisprudence déduit du principe de la bonne foi que l'adoption de *règles transitoires* doit permettre aux administrés de s'adapter à la nouvelle réglementation, sans pour autant leur permettre de profiter le plus longtemps possible de l'ancien régime plus favorable<sup>56</sup>.

Ainsi, conformément au principe de la confiance, une *réduction du salaire* imposée par l'employeur n'est admissible que si elle ne s'avère pas trop radicale et pour autant qu'elle ne déploie ses effets qu'après une période transitoire<sup>57</sup>. Pour une partie de la doctrine, la période transitoire en question devrait au moins être équivalente au délai de résiliation à respecter par l'employeur. Le Tribunal administratif fédéral s'est référé à la nécessité de respecter le délai de résiliation au titre de période transitoire<sup>58</sup>. Le Tribunal fédéral, appelé à trancher un litige relatif à une réduction du salaire d'un exécutif communal, intégrée dans un règlement communal suite à l'acceptation d'une initiative populaire, a jugé que la loi pouvait prévoir de telles réductions de salaire, sans que les délais de résiliation ne doivent être respectés. Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a indiqué qu'il était toutefois admissible et conforme à la Constitution de prévoir un délai transitoire avant que la réduction de salaire ne produise effectivement ses effets. Il a précisé que la nécessité de mettre en place une période transitoire devait être évaluée à l'aune des principes de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire, de la proportionnalité et de la confiance, le législateur bénéficiant à ce titre d'une grande marge de manœuvre<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Arrêt TAF A-6432/2018 du 10 février 2020, c. 5.3.

<sup>56</sup> ATF 134/2008 I 23, 40, c. 7.6.1; ATF 130/2004 I 26, 60, c. 8.1; ATF 130/2004 V 18, 29, c. 3.3; ATF 123/1997 II 385, 395, c. 9.

<sup>57</sup> MALLA JASMIN (2013), in: PORTMANN/UHLMANN, art. 15 LPers n° 98 et réf. cit.

<sup>58</sup> Arrêt TAF A-2498/2016 du 11 avril 2017, c. 3.3.; arrêt TAF A-7560/2015 du 18 mai 2016, c. 4.1; arrêt TAF A-5942/2016 du 21 janvier 2019, c. 7.2.

<sup>59</sup> Arrêt TF 1C\_230/2007 du 11 mars 2008, c. 4.2 et réf.

En ce sens, l'art. 52a, al. 1, OPers dispose que si la fonction de l'employé est affectée à une classe de salaire inférieure ou qu'une fonction moins bien évaluée lui est confiée pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, la classe de salaire est modifiée dans le contrat de travail. Si le salaire dépasse le montant maximal fixé pour cette nouvelle classe, le salaire acquis est maintenu pendant deux ans. Le but poursuivi est la *protection du travailleur*, qui doit pouvoir bénéficier du temps nécessaire pour tirer les conséquences de la modification du contrat faite à son détriment, en donnant éventuellement son congé<sup>60</sup>.

## 2. *Devoir corrélatif de loyauté et d'exemplarité de l'employé de l'Etat*

La bonne foi contractuelle se traduit, en droit privé du travail, par le devoir général de diligence et de fidélité énoncé à l'art. 321a CO. Ainsi, les conditions d'exécution de la prestation de travail doivent manifester le respect du salarié à l'égard de l'entreprise qui l'emploie. Cela se traduit par un devoir général de loyauté et par des obligations accessoires<sup>61</sup>.

Le devoir général de diligence et de fidélité des employés de la Confédération est réglé à l'art. 20, al. 1, LPers. En vertu de cette disposition, l'employé est tenu d'exécuter avec soin le travail qui lui est confié et de défendre les intérêts légitimes de la Confédération et de son employeur. Le devoir de fidélité et de sauvegarde des intérêts se rapporte en première ligne à l'obligation principale de l'employé, à savoir aux prestations de travail qu'il doit fournir. En particulier, il viole son devoir de diligence et de fidélité lorsqu'il n'observe pas les règles de droit, les accords contractuels, les directives ou les instructions données<sup>62</sup>.

L'étendue du devoir de fidélité qui lui incombe s'inspire de l'art. 321a CO. Il se détermine en fonction de la relation de travail particulière, de la position hiérarchique et des responsabilités, en tenant compte du risque professionnel, du degré de formation ou des connaissances spéciales qui sont exigées, ainsi que des capacités et qualités de l'employé

---

<sup>60</sup> MALLA JASMIN (2013), in: PORTMANN/UHLMANN, art. 15 LPers n° 98 *in fine* et réf. cit.

<sup>61</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI (2019), n° 348 ss; WYLER/HEINZER (2019), p. 75 s.

<sup>62</sup> PETER HELBLING (2013), in: PORTMANN/UHLMANN, art. 20 LPers n° 41.

que l'employeur connaissait ou devait connaître<sup>63</sup>. Cela étant, à la différence de l'art. 321a al. 1 CO, le devoir de fidélité issu de la LPers contient une « double obligation de loyauté » (*doppelte Loyalitätsverpflichtung*), dans la mesure où l'employé soumis à la LPers doit sauvegarder les intérêts publics et être loyal non seulement envers son employeur (devoir de confiance particulier) mais, également, en tant que citoyen, envers l'Etat en tant que tel (devoir de confiance général)<sup>64</sup>. Ce devoir de loyauté accru vise à assurer le bon fonctionnement de l'administration publique en garantissant le devoir d'exemplarité de l'Etat en toutes ses tâches, de façon à ce que la confiance des administrés placée dans l'Etat ne soit pas décrédibilisée par les actes de ces agents.

S'agissant par exemple du devoir de fidélité des *agents de police*, le Tribunal fédéral a précisé que leur comportement pendant et en dehors du service était soumis à de hautes exigences parce qu'ils incarnent la force publique de manière plus accrue que les autres employés de l'administration. En tant que représentants de l'Etat chargés de faire respecter la sécurité et l'ordre publics, ils ne sont en aucun cas autorisés à enfreindre les lois qu'ils protègent et qu'ils s'imposent de respecter<sup>65</sup>. Cette jurisprudence est applicable par analogie aux *gardes-frontière*<sup>66</sup>.

En raison du devoir de loyauté, la liberté d'opinion prévue à l'art. 16 Cst. est limitée lorsque le comportement incriminé porte atteinte à l'administration et à la confiance du public en cette dernière. Ce devoir exige *une certaine retenue, notamment dans la manière de critiquer*. Cela étant, déterminer si le fait que le procureur général de la Confédération décrive, lors d'une conférence de presse, l'ouverture d'une enquête disciplinaire à son encontre par l'Autorité de surveillance du Ministère public comme une « ingérence dans l'indépendance du ministère public de la Suisse » et parle d'une « crise institutionnelle », dépasse les limites de ce qui est admissible, suppose de tenir compte que cette critique, certes véhémement, participait d'un conflit de compétences entre deux autorités<sup>67</sup>.

63 Arrêt TAF A-2138/2020 du 22 juillet 2020, c. 6.1 et 10.5; HELBLING (2013), in: PORTMANN/UHLMANN, art. 20 LPers n° 20 et 48 s.

64 Arrêt TAF A-2578/2016 du 17 octobre 2017, c. 6.2.2 et 6.3.5.

65 Arrêt TF 8C\_146/2014 du 26 juin 2014, c. 5.5.

66 Arrêt TAF A-4586/2014 du 24 mars 2015, c. 3.4.3.1.

67 *Contra*: arrêt TAF A-2138/2020 du 22 juillet 2020, c. 12.5.

## C. Bonne foi dans le contexte de la résiliation des rapports de travail

### 1. Encadrement de la résiliation ordinaire

#### a. Mode de procéder de l'employeur

Contrairement aux employeurs du secteur privé, la Confédération ne peut pas résilier librement, sans motifs, les rapports de travail. Des motifs objectifs suffisants sont toujours requis en tant que *garantie matérielle*. Il convient en effet de tenir compte du fait que la Constitution restreint la liberté de résiliation de la Confédération, dans la mesure même où, en vertu des principes constitutionnels, elle a besoin pour toute intervention juridique – donc aussi pour la résiliation des rapports de travail – de pouvoir se prévaloir de *motifs objectifs suffisants*. L'art. 10, al. 3, LPers reprend l'exigence constitutionnelle avec une formulation ouverte des motifs qui autorisent l'employeur à procéder à une résiliation ordinaire du contrat de travail de durée indéterminée. Etant donné que l'énumération n'est plus exhaustive depuis la révision du 1<sup>er</sup> juillet 2013, l'art. 10, al. 3, LPers permet aux employeurs de s'adapter à la situation et à l'évolution de la politique du personnel et de la pratique, tout en continuant de leur imposer le respect des exigences constitutionnelles<sup>68</sup>.

L'employeur devra signifier cette résiliation par le biais d'une décision, sujette à recours (cf. art. 34 ss LPers)<sup>69</sup>. La forme écrite et l'exposé obligatoire des motifs font notamment partie des éléments formels essentiels de la décision (cf. art. 35 PA) et découle de la garantie du droit d'être entendu (cf. art. 29 Cst. et art. 29 PA). Le prononcé de toute décision de résiliation par l'employeur doit par ailleurs veiller à donner la possibilité à l'employé d'exercer préalablement et effectivement son droit d'être entendu. Il n'est en particulier pas conforme au principe de la bonne foi de soumettre déjà à l'employé un projet de décision de résiliation, faute de donner *l'apparence* de respecter son droit d'être entendu<sup>70</sup>.

Conformément au *principe de la proportionnalité*, l'autorité doit, avant de se résoudre à résilier le contrat de travail, faire tout son possible pour que la collaboration se poursuive et veiller à donner la possibilité à

---

<sup>68</sup> Message révision LPers, FF 2011 6171, 6182.

<sup>69</sup> WYLER/BRIGUET (2017), p. 11.

<sup>70</sup> CANDRIAN (2020), p. 102 et réf. cit.

l'employé de s'améliorer. La résiliation du contrat de travail est en effet, au vu de la stabilité de la relation de travail postulée par le principe de la confiance, la dernière mesure possible qui entre en ligne de compte<sup>71</sup>. Selon la jurisprudence, un licenciement ordinaire, même s'il peut être objectivement justifié, nécessite toujours un *avertissement préalable*. D'une part, il s'agit de reprocher à l'employé concerné la faute commise et de l'inciter à agir conformément au contrat à l'avenir (fonction de réprimande). D'autre part, il est rappelé que la poursuite ou le renouvellement d'un comportement contraire au contrat peut entraîner des sanctions, notamment la résiliation du contrat (fonction d'avertissement). L'employé doit pouvoir voir clairement quel comportement l'employeur n'est plus prêt à tolérer et comment il doit se comporter à l'avenir<sup>72</sup>.

L'exigence d'un avertissement tombe en revanche lorsque le rapport de confiance est irrémédiablement rompu ou dans le cas où il se révélerait inutile parce que des indices permettent légitimement de penser que le comportement ne va pas changer. En définitive, la renonciation à un avertissement préalable n'est susceptible d'être admise que lorsque les violations constatées sont graves au point que la continuation des rapports de travail ne peut plus être exigée de l'employeur et que, cumulativement, aucune circonstance ne permet de relativiser la gravité de cette violation<sup>73</sup>. Il en découle que seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat. Si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement<sup>74</sup>.

Aux termes de l'art. 34*b*, al. 1, let. a LPers, si l'instance de recours approuve le recours contre une décision de résiliation des rapports de travail prise par l'employeur et que, exceptionnellement, elle ne renvoie pas

<sup>71</sup> WYLER/BRIGUET (2017), p. 66.

<sup>72</sup> Arrêt TAF A-5641/2019 du 9 mars 2020, c. 3.4.

<sup>73</sup> Arrêts TF du 30 juin 2017 8C\_87/2016, c. 7.5 et 8C\_79/2016, c. 7.5 et réf. cit. [consultation récurrente d'images pornographiques]; arrêts TAF A-6627/2016 du 11 avril 2017, c. 6.2 [manipulation des heures], A-403/2016 du 29 août 2016, c. 5 [manipulation des heures], A-969/2014 du 11 novembre 2014, c. 6.2; NÖTZLI HARRY (2013), in: PORTMANN/UHLMANN, art. 12 LPers n° 46.

<sup>74</sup> ATF 142/2016 III 579, 579, c. 4.2; arrêt TF 4A\_559/2016 du 18 janvier 201, c. 5.1; arrêt TF 4A\_521/2016 du 1<sup>er</sup> décembre 2016, c. 2.2.2; arrêt TAF A-4312/2016 du 23 février 2017, c. 5.2; arrêt TAF A-403/2016 du 29 août 2016, c. 3.1 et 3.2; arrêt TAF A-7515/2014 du 29 juin 2016, c. 4.2.

le dossier à l'instance précédente, elle est tenue d'allouer une indemnité au recourant s'il y a eu résiliation ordinaire en l'absence de motifs objectivement suffisants ou résiliation immédiate en l'absence de justes motifs, ou si les règles de procédure n'ont pas été respectées. Cette indemnité est fixée en fonction des circonstances et équivaut, en principe, au minimum à six mois de salaire et au maximum à une année de salaire (cf. art. 34*b*, al. 2, LPers). Au contraire de l'ancien droit sur le personnel de la Confédération, les nouvelles dispositions ne prévoient pas la poursuite des relations de travail comme sanction à une résiliation sans motif objectivement suffisant (résiliation injustifiée). La réintégration n'est envisagée que lorsque la résiliation du contrat de travail représente une grave entorse au droit en vigueur<sup>75</sup>. Ainsi, conformément à l'art. 34*c*, al. 1, LPers, l'employeur propose à l'employé de le réintégrer dans l'emploi qu'il occupait ou, si cela est impossible, lui propose un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui lorsque l'instance de recours a admis le recours contre une décision de résiliation des rapports de travail parce que la résiliation (a) était motivée par le fait que l'employé avait, de bonne foi, dénoncé une infraction en vertu de l'art. 22*a*, al. 1, LPers ou signalé une irrégularité en vertu de l'art. 22*a*, al. 4, LPers ou qu'il avait déposé comme témoin ; (b) était abusive en vertu de l'art. 336 CO ; (c) avait été prononcée pendant une des périodes visées à l'art. 336*c*, al. 1, CO ; (d) était discriminatoire en vertu des art. 3 ou 4 de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité<sup>76</sup>. Dans de tels cas, la résiliation des rapports de travail est annulée<sup>77</sup>.

L'art. 34*c*, al. 1, let. b, LPers renvoie expressément et sans aucune réserve à l'art. 336 CO, de sorte que cette disposition et la jurisprudence y relative sont en principe applicables sans restriction aux rapports de travail de droit public<sup>78</sup>. L'art. 336 CO contient une liste de situations constitutives d'abus. Ainsi, le congé est notamment abusif lorsqu'il est donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entre-

---

<sup>75</sup> Arrêt TAF du 19 octobre 2017 A-7006/2015, c. 2.

<sup>76</sup> Leg – RS 151.1.

<sup>77</sup> Arrêts TAF du 19 octobre 2017 A-7006/2015, c. 5.1.1, et du 29 septembre 2015 A-5665/2014, c. 5.

<sup>78</sup> ATAF 2016/11, c. 10.2.

prise (cf. art. 336, al. 1, let. a, CO), ou parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (cf. art. 336, al. 1, let. d, CO). La liste de l'art. 336 CO n'est pas exhaustive, mais concrétise l'interdiction générale de l'abus de droit, ici applicable à un rapport de droit public, laquelle prohibe l'exercice d'un droit contrairement à son but. D'autres situations constitutives de congés abusifs sont ainsi admises par la pratique, pour autant que la résiliation comporte une gravité comparable aux cas expressément envisagés par l'art. 336 CO<sup>79</sup>.

Le caractère abusif de la résiliation peut découler non seulement des motifs du congé, mais également *de la manière* dont la partie qui résilie exerce son droit, dans la mesure où – sur la base d'une appréciation d'ensemble des circonstances de l'espèce – cela contribue, sinon conduit à la reconnaissance du caractère répréhensible d'un motif. Dans cet exercice, l'employeur doit en effet *agir avec égard et prévenance et jouer franc jeu*. Une résiliation abusive peut aussi apparaître dans le cas où l'employeur porte une atteinte grave à la personnalité de l'employé ou adopte un comportement biaisé ou trompeur contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi<sup>80</sup>. Il en va de même lorsque l'employeur exerce son droit de résiliation contrairement à son but ou s'il existe une disproportion évidente entre les intérêts en présence<sup>81</sup>.

Il est toutefois généralement admis que la résiliation n'est pas abusive du seul fait qu'elle est intervenue en l'absence de motifs objectivement suffisants au sens de l'art. 10, al. 3, LPers<sup>82</sup>. En droit de la fonction publique, l'employeur est en outre tenu d'épuiser toutes les possibilités raisonnables permettant la poursuite des rapports de travail avant de licencier un employé si celui-ci n'a commis aucune faute (cf. art. 19, al. 1, LPers). L'un des motifs objectivement suffisants de résiliation énumérés à l'art. 10, al. 3, LPers est le cas d'impératifs économiques ou impératifs d'exploitation majeurs, dans la mesure où l'employeur ne peut pro-

<sup>79</sup> ATF 136/2010 III 513, c. 2.3; ATF 132/2006 III 115, c. 2.1; ATF 131/2005 III 535, c. 4; ATAF 2016/11, c. 10.2.

<sup>80</sup> Arrêt TAF A-2632/2020 du 5 août 2021, c. 7.4.6.

<sup>81</sup> ATF 132/2006 III 115, c. 2.2 et 2.4; ATF 131/2005 III 535, c. 4.2; ATAF 2015/48, c. 5.5; arrêts TAF A-3006/2017 du 4 décembre 2018, c. 3.3, A4913/2016 du 26 juillet 2017, c. 5.1.2, A4128/2016 du 27 février 2017, c. 6.2.

<sup>82</sup> ATAF 2016/11, c. 10.2; arrêt TAF A7006/2015 du 19 octobre 2017, c. 5.1.2.

poser à l'employé un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui (let. e). Selon la jurisprudence, le fait que l'employeur aurait dû entreprendre davantage en vue de trouver un poste raisonnablement exigible du travailleur ne suffit certes pas pour considérer la résiliation comme abusive<sup>83</sup>. Néanmoins, un licenciement pourrait être abusif si l'employeur n'entreprend aucune démarche en vue de rechercher du travail ou si celui-ci se limite à procéder à des démarches d'apparence<sup>84</sup>.

#### b. Mode de réaction de l'employé

Le contrat de travail à durée indéterminée peut être résilié unilatéralement par l'employé sans qu'il ait à la motiver. Dans ce cas, l'employé exerce un *droit formateur résolutoire*, comme en droit privé, en vertu de l'art. 6, al. 2, LPers<sup>85</sup>. Ainsi, le respect du principe de la bonne foi par l'employé se pose d'abord dans le contexte d'une résiliation envisagée ou décidée par l'employeur.

L'art. 10, al. 3, let. d, LPers prévoit que l'employeur peut résilier un contrat de durée indéterminée en cas de mauvaise volonté de l'employé à accomplir un autre travail *pouvant être raisonnablement exigé de lui*. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'art. 10, al. 3, let. d, LPers doit se lire avant tout en relation avec l'art. 10, al. 3, let. e, LPers, qui est applicable uniquement dans le cas d'impératifs – économiques ou d'exploitation majeurs – découlant d'une réorganisation ou restructuration de grande ampleur. Dans de tels cas de figure, l'employé doit être prêt, si besoin est, et conformément à son propre devoir de loyauté, à prendre *un autre poste acceptable*. S'il n'est pas disposé à accepter un tel poste, il peut être licencié sur la base du motif objectivement suffisant de l'art. 10, al. 3, let. d, LPers<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Arrêt TAF A-2752/2019 du 15 avril 2020, c. 6.4.2. Il a été jugé qu'une autorité qui s'était limitée au placement de l'employé auprès du préposé à la réintégration, et alors que les faits n'avaient pu être entièrement éclaircis que cinq mois plus tard, aurait dû rechercher à nouveau des possibilités d'emplois supplémentaires au sein de l'administration fédérale. En présupposant prématurément que dits postes étaient inadaptés, elle a violé l'art. 10, al. 3, let. c, LPers.

<sup>84</sup> Arrêts TAF A-2394/2014 du 2 octobre 2014, c. 8.2.2, A-7689/2016 du 19 janvier 2018, c. 5.3.1, A-3357/2014 du 16 décembre 2014, c. 5.1.3.

<sup>85</sup> WYLER/BRIGUET (2017), p. 57 s.

<sup>86</sup> ATAF 2015/48 c. 4.2; arrêt TAF A-5665/2014 du 29 septembre 2015, c. 4.2 et jurispr. cit.; WYLER/BRIGUET (2017), p. 79.

## 2. Résiliation avec effet immédiat

En vertu de l'art. 10, al. 4, LPers, les parties peuvent, pour de justes motifs, résilier avec effet immédiat les contrats de durée déterminée et les contrats de durée indéterminée. Dans de telles circonstances, un avertissement n'est pas nécessaire<sup>87</sup>. L'employeur bénéficie d'un pouvoir d'appréciation important dans l'examen de l'existence d'un juste motif de résiliation immédiate, le *principe de la proportionnalité* doit dès lors être respecté, de sorte qu'il doit opter pour la mesure la plus adaptée, respectivement celle qui est suffisante. La résiliation immédiate est la mesure la plus sévère que l'employeur peut prononcer, de sorte qu'elle doit être l'exception (*ultima ratio*) et, ainsi, faire l'objet d'une utilisation restrictive<sup>88</sup>.

La charge de la preuve des justes motifs incombe à la partie qui s'en prévaut pour justifier la résiliation<sup>89</sup>. En revanche, il appartient en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif<sup>90</sup>. Dans ce domaine, la jurisprudence a toutefois tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Selon le Tribunal fédéral, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des *indices suffisants* pour faire apparaître comme *non réel* le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau au titre de l'art. 8 CC. Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices ». De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> ATF 143/2017 II 443, 457, c. 7.5.

<sup>88</sup> ATF 140/2014 I 257, 266, c. 6.3; ATF 130/2004 III 28, 31, c. 4.1; arrêt TAF A-2578/2016 du 17 octobre 2017, c. 6.1.2; arrêt TAF A-2718/2016 du 16 mars 2017, c. 5.3.

<sup>89</sup> Arrêt TAF A-6805/2015 du 2 mai 2016, c. 4.1.

<sup>90</sup> ATF 123/1997 III 246, c. 4b; arrêts TAF A-7006/2015 du 19 octobre 2017, c. 5.1.2; A-2846/2016 du 18 avril 2017, c. 6.

<sup>91</sup> ATF 130/2004 III 699, c. 4.1; arrêts TF 4A\_21/2019 du 27 mai 2019, c. 5; 4A\_21/2016 du 19 janvier 2017, c. 4.1; 4A\_19/2015 du 20 mai 2015, c. 4.1; arrêts TAF A5665/2014 du 29 septembre 2015, c. 5.2; A-6277/2014 du 16 juin 2015, c. 6.

La LPers ne définit pas la notion de *justes motifs* figurant dans cette disposition. Ils sont cependant les mêmes qu'en droit privé du travail, raison pour laquelle, il convient de se fonder sur la pratique civile en lien avec l'art. 337 CO<sup>92</sup>. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat ; lorsqu'il est moins grave, le manquement ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement<sup>93</sup>. L'avertissement ne constitue lui-même jamais le motif du licenciement, seule la gravité de l'acte reproché est déterminante<sup>94</sup>.

Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent également justifier une résiliation immédiate<sup>95</sup>. Ce qui est déterminant, c'est que les faits invoqués à l'appui du congé immédiat aient entraîné la perte irrémédiable du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail<sup>96</sup>. Savoir si le comportement incriminé atteint la gravité nécessaire dépend des circonstances du cas concret<sup>97</sup>. Il est ainsi difficile de déterminer quels comportements sont susceptibles de justifier une résiliation immédiate des rapports de travail. Dans son appréciation, le juge doit notamment tenir compte de la position et de la responsabilité de l'employé, du type et de la durée des rapports contractuels, de la nature et de l'importance des manquements, ou encore du temps restant jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat<sup>98</sup>. A cet égard, l'importance du manquement doit être d'autant plus grande que ce laps de temps est court. La position de l'employé, sa fonction et les responsabilités qui lui sont confiées peuvent entraîner un accroissement des exigences quant à sa rigueur et à sa loyauté<sup>99</sup>.

---

<sup>92</sup> Arrêt TAF A-2718/2016 du 16 mars 201, c. 5.1 ; arrêt TAF A-646/2016 du 19 octobre 2016, c. 6.2.1 ; arrêt TAF A-656/2016 du 14 septembre 2016, c. 5.2.

<sup>93</sup> ATF 142/2016 III 579, 579, c. 4.2 et les arrêts cités.

<sup>94</sup> Arrêt TAF A-5307/2018 du 18 juin 2019, c. 5.3.

<sup>95</sup> ATF 130/2004 III 28, 31, c. 4.1 ; ATF 129/2003 III 380, 382, c. 2.2.

<sup>96</sup> ATF 137/2011 III 303, 304, c. 2.1.1.

<sup>97</sup> ATF 142/2016 III 579, 579, c. 4.2.

<sup>98</sup> ATF 130/2004 III 28, 31, c. 4.1 ; arrêt TF 8C\_800/2016 du 12 décembre 2017, c. 3.4 ; arrêt TF 4A\_112/2017 du 30 août 2017, c. 3.2 et les réf. ; arrêt TAF A-2689/2015 du 10 novembre 2015, c. 3.2.1 et réf.

<sup>99</sup> Arrêts TF 8C\_301/2017 du 1<sup>er</sup> mars 2018, c. 4.3.2, et 4A\_124/2017 du 31 janvier 2018, c. 3.1 et réf.

A titre d'exemple, l'*indication volontairement inexacte du temps de travail* introduit dans le système de timbrage représente une violation grave du devoir de fidélité de l'employé. Le point de savoir si un tel comportement justifie une résiliation immédiate des rapports de travail dépend de l'ensemble des circonstances, en particulier du caractère répété du manquement, de la durée des rapports de travail et du fait qu'il devait être connu du salarié qu'une fraude ou une manipulation dans ce domaine n'était pas tolérée<sup>100</sup>.

Ainsi le Tribunal administratif fédéral a-t-il accordé une importance particulière à la position de cadre d'employés qui avaient manipulé un système de timbrage de manière à ce que le temps de travail enregistré excède celui réellement accompli, pour considérer que, vu le devoir de diligence plus élevé requis par leur position d'encadrement, la rupture de la confiance était telle qu'un avertissement n'était pas nécessaire<sup>101</sup>. Un parallèle peut être fait avec la situation de cadres en droit privé, dont le comportement est apprécié avec davantage de rigueur car leur fonction au sein de l'entreprise leur confère un crédit particulier et une responsabilité accrue<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Arrêt TF 8C\_800/2016 du 12 décembre 2017, c. 3.6; arrêt TF 4A\_395/2015 du 2 novembre 2015, c. 3.6; arrêt TF 4C.114/2005 du 4 août 2005, c. 2.5. Dans ce dernier arrêt, le TF n'a pas retenu l'existence d'un juste motif de résiliation dans le cas d'un employé qui n'avait commis qu'une faute unique et qui n'occupait pas une position de cadre. En revanche, dans une autre affaire, il a jugé que le fait de timbrer à plusieurs reprises une pause de midi plus courte que celle effectivement prise était propre à ébranler ou à détruire le lien de confiance existant entre les parties, de telle sorte que la poursuite des relations de travail ne pouvait plus être exigée de la part de l'employeur. En l'occurrence, entraient en considération la position de cadre occupée par le salarié et le fait qu'il était informé de l'importance de la sanction prévue en cas de non-respect des consignes concernant le timbrage (arrêt 4C.149/2002 du 12 août 2002, c. 1.3). De même, il a été jugé que le fait de transmettre des données fausses concernant la durée de cours donnés comme moniteur Jeunesse et Sport revenait à remplir les conditions d'un licenciement immédiat pour justes motifs. Raisonnant par analogie, le Tribunal fédéral a établi un parallèle avec un travailleur astreint à faire contrôler ses heures de travail au moyen d'une timbreuse et qui, systématiquement et sur une longue période, ne timbrait pas de manière honnête (arrêt 2A.72/2005 du 6 mai 2005, c. 3.3 avec un renvoi à l'arrêt non publié 2P.29/1993 du 4 juin 1993).

<sup>101</sup> Arrêts TAF A-6627/2016 du 11 avril 2017, c. 5.2.3 [chef de commissariat suppléant], A-2578/2016 du 17 octobre 2017, c. 6.4.1 [ambassadeur], A-403/2016 du 29 août 2016, c. 5.1 [*Leiter Führungsunterstützung*].

<sup>102</sup> ATF 130/2004 III 28, 31, c. 4.1. – WYLER/BRIGUET (2017), p. 87.

#### IV. Remarques conclusives

La relation de travail révèle souvent les limites du droit, comme le reconnaît le Tribunal fédéral lui-même :

« Ainsi, un comportement violant manifestement le contrat, par exemple une atteinte grave au droit de la personnalité dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître cette dernière comme abusive. En revanche, un comportement qui ne serait simplement pas convenable ou indigne des relations commerciales établies ne suffit pas. Il n'appartient pas à l'ordre juridique de sanctionner une attitude seulement incorrecte. »<sup>103</sup>

Le droit se méfie un peu de la bonne foi, concept éminemment éthique, tout en faisant un concept juridique opérant qui, sans déterminer en soi des droits et des obligations, impose d'exercer les droits et les obligations de l'ordre juridique en tenant compte de leurs fins et des personnes auxquelles elles s'appliquent.

Le rôle de la bonne foi contractuelle se trouve renforcée en droit public du travail par la relation générale de principe qui lie l'Etat et les administrés. D'une part, au titre du *devoir d'exemplarité*, qui, par le biais des principes constitutionnels de l'Etat de droit, s'impose à l'Etat employeur dans ses relations de travail avec ses employés. D'autre part, par le *devoir de loyauté* des employés envers leur employeur qui, en tant qu'il est l'Etat, agit dans l'intérêt général, ce qui induit un devoir d'exemplarité à leur propre charge. *L'effectivité* du principe de la bonne foi se voit enfin assurée en droit public du travail par le biais des autres principes constitutionnels à l'œuvre, le principe de l'intérêt public, le principe de l'égalité et le principe de la proportionnalité.

Cette double pertinence ou garantie du principe de la bonne foi vient aussi renforcer l'égalité entre les parties contractantes : l'Etat employeur conserve une position de surplomb en droit public, mais il est soumis à la surveillance de principes constitutionnels qui ne s'appliqueraient pas à un employeur privé.

---

<sup>103</sup> ATF 131/2005 III 535, 538, c. 4.2

## V. Bibliographie

- AUBERT JEAN-FRANCOIS, MAHON PASCAL (2003), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève.
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE (2005), « La protection du salarié en droit public : incidences sur le droit privé du travail », in : WYLER/MEIER/MARCHAND (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Genève/Zurich/Bâle, p. 27-40.
- BELLANGER FRANÇOIS (2000), « L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration décentralisée », in : AUBERT/BELLANGER/TANQUEREL (édit.), *Fonction publique : vers une privatisation ?*, Zurich, p. 43-60.
- BELLANGER FRANÇOIS, ROY CÉLINE (2013), « Evolution du cadre légal et réglementaire de la fonction publique », in : LADNER/CHAPPELET/EMERY/SOGUEL/VARONE (édit.), *Manuel d'administration publique suisse*, Lausanne, p. 461-479.
- CANDRIAN JÉRÔME (2020), « L'incidence des garanties du droit public matériel et procédural sur les rapports de travail du personnel de la Confédération », in : BOHNET/DUNAND/MAHON (édit.), *Les procédures en droit du travail*, Zurich, p. 85-117.
- CHAVANNE MICHEL (2018), « Jurisprudence récente en droit du travail : morceaux choisis », *Plaidoyer* 4/18 p. 37-42.
- CHIARELLO ELISABETH (2004), *Treu und Glauben als Grundrecht nach Art. 9 der schweizerischen Bundesverfassung*, thèse Berne.
- DEFAGO GAUDIN VALERIE (2016), « Les obstacles à la privatisation de la fonction publique », in : DUNAND/MAHON/PERRENOUD (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Zurich.
- DESCHENAUX HENRI (1969), « Le Titre préliminaire du Code civil », *Traité de droit civil suisse*, Tome II, I, Fribourg.
- DONATSCH MARCO (2010), « Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst », *Jusletter* du 3 mai.
- DUBEY JACQUES, ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (2014), *Droit administratif général*, Bâle.

- EGLI JEAN-FRANCOIS (1991), « La protection de la bonne foi dans le procès. Quelques applications dans la jurisprudence », *Repertorio* p. 225-241.
- GEISER THOMAS, MÜLLER ROLAND, PÄRLI KURT (2019), *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 4<sup>e</sup> éd., Berne.
- GRIFFEL ALAIN (2020), « Privatrechtliche Anstellungen durch öffentliche Arbeitgeber », *RDS* 2020 p. 451-471.
- GRODECKI STEPHANE (2019), « Le droit d'être entendu avant la fin des rapports de service en droit public », in: HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (édit.), *Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel*, Genève/Zurich 2019, p. 135-144.
- HABSCHEID WALTER J. (1981), *Droit judiciaire privé suisse*, Genève.
- HÄFELIN ULRICH, MÜLLER GEORG, UHLMANN FELIX (2016), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall.
- HANGARTNER YVO (1993), « Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Anstellung von öffentlichem Personal », *ArbR – Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht* p. 27-45.
- HÄNNI PETER (2012), « Beendigung öffentlicher Dienstverhältnisse », in: MÜNCH/METZ (édit.), *Stellenwechsel und Entlassung, Handbücher für die Anwaltspraxis*, vol. II, 2<sup>e</sup> éd., Berne.
- HÄNNI PETER (1995), « La fin des rapports de service en droit public », *RDAF* 1995 p. 407-440.
- HELBLING PETER (2004), « Der öffentliche Dienst auf dem Weg in das OR », *PJA* 2004 p. 242-251.
- HELBLING PETER (2002), « Folgen im Personalrecht », in: *Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten*, Saint-Gall, p. 75-112.
- JAAG TOBIAS (2015), « Mehr oder weniger Staat ? », *ZBl* 2015 p. 627-640.
- JAAG TOBIAS (2000), « Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen », in: *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Zurich, p. 23-48.
- MAHON PASCAL, ROSELLO HÉLOÏSE (2012), « Les réformes en cours du droit de la fonction publique: tendances et perspectives », in: TANQUEREL/BELLANGER (édit.), *Les réformes de la fonction publique*, Zurich, p. 9-47.

- MARTENET VINCENT (1997), « L'égalité de rémunération dans la fonction publique », *PJA* 1997 p. 825-840.
- MERKER MICHAEL, WITTEWITZ SIMONE (2020), « Kündigung bei der Arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit », *PJA* 2020 p. 1156-1167.
- MICHEL MATTHIAS (1998), *Beamtenstatus im Wandel. Vom Amtsdauersystem zum öffentlichrechtlichen Gesamtarbeitsvertrag*, Zurich.
- MOOR PIERRE, FLUECKIGER ALEXANDRE, MARTENET VINCENT (2012), *Droit administratif – Vol. I: Les fondements*, 3<sup>e</sup> éd. Berne.
- MOOR PIERRE, POLTIER ETIENNE (2012), *Droit administratif – Vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle*, 3<sup>e</sup> éd. Berne.
- MOSIMANN HANS-JAKOB (1998), « Arbeitsrechtliche Minimal Standards für die öffentliche Hand? », *ZBl* 1998 p. 449-473.
- MÜLLER ANDREAS (1998), « Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben », *PJA* 1998 p. 65-82.
- MÜLLER ROLAND, VON GRAFFENRIED CAROLINE (2011), « Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung », *recht* 2011 p. 156-169.
- MÜLLER ROLAND, PÄRLI KURT, CARONI ANDREA (2020), « Kündigung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse in öffentlichen Unternehmen », *PJA* 2020 p. 875-886.
- NGUYEN MINH SON (2012), « Sanctions et licenciements: conditions matérielles et exigences procédurales », in: TANQUEREL/BELLANGER (édit.), *Les réformes de la fonction publique*, Zurich, p. 169-193.
- NGUYEN MINH SON (1994), « Le recours par l'administration au contrat de travail pour engager du personnel », in: JEAN-LOUIS DUC (édit.), *Le travail et le droit*, Fribourg, p. 3-20.
- NÖTZLI HARRY (2017), « Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht », in: MÜLLER/PÄRLI/WILDHABER (édit.), *Arbeit und Arbeitsrecht – Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag*, Zurich/St-Gall, p. 307-322.
- PÄRLI KURT (2018), « Kündigungsschutz – ein Menschenrecht? », *PJA* 2018 p. 1533-1543.
- POLTIER ETIENNE (2016), « Délégation d'activités économiques de l'Etat », in: FAVRE/MARTENET/POLTIER (édit.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Zurich, p. 193-240.

- PORTMANN WOLFGANG, UHLMANN FELIX (édit.) (2013), *Handkommentar zum Bundespersonalgesetz [BPG]*, Berne.
- RICHLI PAUL (2000), « La réforme du statut de la fonction publique fédérale », in: AUBERT/BELLANGER/TANQUEREL (édit.), *Fonction publique: vers une privatisation?*, Zurich, p. 69-92.
- RÜTSCHÉ BERNHARD (2013), « Was sind öffentliche Aufgaben? », *recht* 2013 p. 153-162.
- STEINAUER PAUL-HENRI (2009), « Le Titre préliminaire du Code civil », in: *TDPS II/1*.
- STEINAUER PAUL-HENRI (2006), « La bonne foi en droit public et en droit privé », in: *Diritto senza devianza, Studi in onore di Marco Borghi*, Bâle 2006, p. 775-789.
- STEFFEN GABRIELLE (2005), « Le droit d'être entendu du collaborateur de la fonction publique: juste une question de procédure? », *RJN* p. 49-69.
- SUBILIA-ROUGE LILIANE (2003), « La nouvelle LPers: quelques points de rencontre avec le droit privé du travail », *RDAFI* 2003 p. 289-317.
- TANQUEREL THIERRY (2018), *Manuel de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Genève/Zurich.
- TANQUEREL THIERRY (2015), « De quelques idées reçues en droit de la fonction publique », in: WYLER/MEIER/MARCHAND (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Genève/Zurich/Bâle, p. 311-320.
- TANQUEREL THIERRY (2012), « Droit public et droit privé: unité et diversité du statut de la fonction publique », in: TANQUEREL/BELLANGER (édit.), *Les réformes de la fonction publique*, Zurich, p. 49-81.
- TANQUEREL THIERRY (2000), « L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale », in: AUBERT/BELLANGER/TANQUEREL (édit.), *Fonction publique: vers une privatisation?*, Zurich, p. 7-39.
- TSCHANNEN PIERRE, ZIMMERLI ULRICH, MÜLLER MARKUS (2014), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Berne.
- UEBERSAX PETER (2001), « Privatisierung der Verwaltung », *ZBl* 2001 p. 393-422.

WALDMANN BERNHARD, WEISSENBERGER PHILIPPE (édit.) (2016), *Praxiskommentar VwVG*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich.

WYLER REMY, BORIS HEINZER (2019), *Droit du travail*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2019.

WYLER REMY (2018), Chronique Droit du travail, *JdT* 2018 II 219.

WYLER REMY, BRIGUET MATHIEU (2017), *La fin des rapports de travail dans la fonction publique*, Berne.

# Les conventions de droits à bâtir

BENOÎT BOVAY

*Professeur à l'Université de Lausanne, avocat au Barreau spécialiste FSA  
en droit de la construction et de l'immobilier*

PAULINE MONOD

*Assistante diplômée à l'Université de Lausanne*

## I. Introduction

Le droit de l'aménagement du territoire ou de l'urbanisme, qui comprend celui du droit public des constructions (procédure de permis de construire), est un domaine particulièrement intéressant pour étudier la contractualisation en droit public. Comme on le verra, cet aspect particulier visait jusqu'à récemment le transfert de droits à bâtir entre des parcelles voisines, intéressant des particuliers sous le contrôle de l'autorité chargée d'octroyer les permis de construire, ainsi qu'un autre domaine qui ne relève pas véritablement des conventions de droits à bâtir, celui des conventions de planification (contrats passés entre l'autorité et les particuliers lors de l'élaboration de plans d'affectation pour en définir les principales modalités et la prise en charge des frais). Depuis la révision importante de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT), votée par l'Assemblée fédérale le 15 juin 2012, acceptée en votation populaire en 2013 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2014, les mesures drastiques tendant à redimensionner les zones à bâtir, soit à les réduire aux stricts besoins de la population pour les 15 prochaines années, ont eu des incidences lourdes pour les collectivités publiques chargées de déclasser les surfaces excédentaires en zone à bâtir et quasiment privé du droit de prévoir de nouvelles zones à bâtir. Elles ont nécessité la mise en place de nouveaux contrats dans ce domaine pour s'assurer que les zones à bâtir maintenues soient utilisées pour satisfaire réellement aux besoins de la population et pour compenser la création des rares nouvelles zones à bâtir par la suppression d'autres zones à bâtir.

Echanger des droits à bâtir par un contrat entre particuliers n'est pas chose nouvelle. Il suffit de rappeler le système spectaculaire développé en particulier à New-York dès les premières décennies du 20<sup>ème</sup> siècle. L'ordonnance sur le zonage fixait des droits à bâtir par quartiers, avec des gabarits de construction, tout particulièrement un certain nombre d'étages. Les propriétaires ont eu la possibilité d'échanger des droits à bâtir pour certains projets en échange de rétributions pour les propriétaires voisins ou proches qui cédaient leurs droits aux promoteurs. L'un des exemples connus le long de la 5<sup>e</sup> Avenue est celui de la *Trump Tower*, qui a bénéficié du rachat de droits avoisinants afin de monter plus haut que les droits de base. Certains buildings en construction (*Steinway Tower* ou *Central Park Tower*) ont également utilisé ces transferts. Construite en 1910, la magnifique gare Penn Station était détenue par une compagnie ferroviaire qui avait des problèmes financiers; elle a dû être démolie au début des années 60 parce que sa propriétaire n'était pas parvenue à revendre les droits à bâtir pour le volume non utilisé au-dessus de la gare (*air rights*), ce qui avait suscité de telles réactions que la législation a été modifiée, afin d'encourager la vente de droits non utilisés pour protéger des bâtiments historiques : en vendant le volume constructible potentiel non utilisé au-dessus de son bâtiment, le vendeur obtenait des fonds pour le restaurer. Mais la plupart de ces transactions ont eu un but promotionnel. Les ressources à bâtir non exploitées par les constructions existantes ont été dûment répertoriées. Elles sont recherchées dans les quartiers denses de New-York où toute surface supplémentaire lors d'une construction pourra être revendue très cher, ce qui encourage un maximum de hauteur et de densité.

## II. Le cadre légal

### A. La législation fédérale

La loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979<sup>1</sup> se borne à fixer des principes, régler ce qui est essentiel dans l'intérêt général du pays pour l'unité du droit et la coordination intercantonale et établir des exigences minimales valables pour l'ensemble de la Confédération<sup>2</sup>.

---

1 LAT – RS 700.

2 FF 1978 I 1007.

Dès 2004, le Conseil fédéral avait annoncé son intention de procéder à une révision de la loi<sup>3</sup>. En 2007 a été déposée l'initiative populaire fédérale «*De l'espace pour l'homme et la nature (initiative pour le paysage)*»<sup>4</sup>. A ce moment-là, le projet de nouvelle loi sur le développement territorial (P-LD<sup>Ter</sup>) qui aurait dû remplacer la LAT était déjà bien avancé. Ce projet de loi a été rejeté par une nette majorité durant la procédure de consultation et abandonné en septembre 2009<sup>5</sup>. A la place, le Conseil fédéral a décidé d'opposer à l'initiative populaire une révision partielle de la LAT. Cette révision a été adoptée le 15 juin 2012<sup>6</sup>. Le référendum a abouti et la modification de la LAT a été acceptée en votation populaire<sup>7</sup>.

La révision du 15 juin 2012 a modifié notamment les dispositions relatives aux plans directeurs, à la délimitation entre les zones à bâtir, à la création et au dimensionnement des zones à bâtir, aux contributions de plus-value de l'article 5 LAT. Pour cette contribution sont intéressantes les modifications touchant à la zone à bâtir, notamment du point de vue des mesures favorisant et garantissant la disponibilité des zones à bâtir<sup>8</sup>.

L'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2014 a nécessité une adaptation des législations cantonales et des plans directeurs. Les cantons n'ayant pas de régime de compensation des plus-values découlant des mesures d'aménagement et n'ayant pas adapté leur plan directeur au 1<sup>er</sup> mai 2019 ont dû renoncer à de nouvelles zones à bâtir.

## B. La législation cantonale

Chaque canton a l'obligation d'adopter une réglementation d'application avec des prescriptions sur les différents instruments de planification. Ils sont tenus de légiférer en matière d'autorisation de construire. Certaines lois cantonales concernent à la fois l'aménagement du territoire et la police des constructions; dans certains cantons, on trouve deux lois différentes. Des différences existent entre les cantons, tant au

---

3 FF 2004 1035 ss.

4 FF 2007 4721.

5 MAHAIM (2014) p. 46; FF 2010 963.

6 BO/CE 2012 639.

7 FF 2013 2759.

8 Cf. *infra* IV.

niveau de l'instrumentation et de la mise en œuvre, que des termes utilisés pour désigner les divers plans d'aménagement. Les compétences peuvent aussi varier d'un canton à l'autre.

### 1. *La loi vaudoise*

La loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et les constructions du 4 décembre 1985<sup>9</sup> contient deux parties – l'une consacrée à l'aménagement du territoire et à la planification; l'autre à la police des constructions. Consacrée à l'aménagement, la première partie de la loi – les articles 1 à 79 – a été révisée récemment. Cette révision est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2018<sup>10</sup>. La deuxième partie est actuellement en révision<sup>11</sup>. En droit vaudois, la compétence est largement communale. Les législatifs communaux sont chargés d'adopter les plans d'affectations; les exécutifs communaux décident de l'octroi ou du refus des permis de construire.

### 2. *Dans les autres cantons*

Dans les autres cantons romands, certains ont un système similaire à celui vaudois, soit une loi cantonale qui concerne à la fois l'aménagement du territoire et la police des constructions<sup>12</sup>. D'autres ont une loi spécifique pour l'aménagement et une autre pour les constructions<sup>13</sup>. C'est le cas de Genève avec une loi consacrée aux constructions et installations diverses<sup>14</sup> et une loi concernant uniquement l'application de la loi fédérale<sup>15</sup>. Genève est l'un des rares cantons qui délègue peu de compétences aux communes.

---

<sup>9</sup> LATC/VD – BLV 700.11.

<sup>10</sup> Arrêté de mise en vigueur du 22 août 2018 – BLV 170.50.

<sup>11</sup> Avant-projet pour consultation publique de l'exposé des motifs et projets de lois de la LATC/VD modifiant les art. 80 à 138 LATC/VD, disponible sur <www.vd.ch> (Avant-projet LATC/VD).

<sup>12</sup> On citera à titre d'exemple notamment le canton du Jura et de Fribourg.

<sup>13</sup> C'est le cas du canton de Berne et du Valais.

<sup>14</sup> Loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1998, (LCI/GE – L 505).

<sup>15</sup> Loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987 (LaLAT/GE – L 1 30).

### III. L'objectif: réduire et densifier les zones à bâtir

L'un des objectifs poursuivis par la révision de la LAT est de réduire et densifier les zones à bâtir. A de nombreux endroits, les zones à bâtir sont encore surdimensionnées. Il est nécessaire d'établir de manière précise les conditions permettant de classer de nouveaux terrains en zone à bâtir et d'établir des directives claires pour évaluer les besoins, afin de mieux dimensionner ces zones. Contenir la dispersion des constructions et enrayer la perte de terres cultivables nécessite des règles visant à améliorer la disponibilité des terrains situés en zone à bâtir<sup>16</sup>.

La révision de la LAT a modifié l'article 15 LAT, qui fixe à présent des critères pour délimiter les zones à bâtir et limiter l'urbanisation vers l'extérieur<sup>17</sup>. Les zones à bâtir sont définies de telle manière qu'elles répondent aux besoins prévisibles pour les quinze années suivantes. Les zones à bâtir surdimensionnées doivent être réduites<sup>18</sup>.

La révision de la LAT a également renforcé le rôle des plans directeurs. Tous les cantons établissent un plan directeur dans lequel ils précisent au moins le cours que doit suivre l'aménagement de leur territoire, la façon de coordonner les activités qui ont des effets sur l'organisation du territoire, afin d'atteindre le développement souhaité, avec une liste de priorités et les moyens à mettre en œuvre<sup>19</sup>. En matière d'urbanisation, le plan directeur doit définir la dimension totale des surfaces affectées à l'urbanisation, leur répartition dans le canton et la manière de coordonner leur expansion à l'échelle régionale.

C'est le plan directeur qui définit les taux de développement dans les différentes zones du canton. A titre d'exemple, le plan directeur vaudois prévoit un taux de développement de 0,75% hors centre, de 1,5% dans les centres régionaux et de 1,7% dans les agglomérations. Comme les communes doivent garantir une densification des zones à bâtir, la densité des nouvelles zones d'habitation ne peut pas être inférieure à 0,4 hors

---

<sup>16</sup> FF 2010 963.

<sup>17</sup> AEMISEGGER/KISSLING (2016), n° 2 ad art. 15 LAT.

<sup>18</sup> Art. 15 LAT.

<sup>19</sup> Art. 8 LAT.

des centres, à 0,625 dans les centres et à 1,25 dans les sites stratégiques d'agglomérations<sup>20</sup>.

Pour répondre aux besoins des 15 prochaines années, les communes doivent en premier lieu réaffecter les terrains excédant les besoins ou peu adéquats au développement, densifier le territoire urbanisé et mettre en valeur les réserves et les friches. L'extension de la zone à bâtir n'est admise que lorsque la capacité découlant des trois axes précédents est insuffisante pour répondre aux besoins pour 15 ans. Elle se fait en priorité dans les sites stratégiques, puis dans les périmètres compacts d'agglomération ou de centre, en continuité du territoire urbanisé, dans le respect de l'article 15 LAT<sup>21</sup>. Les communes sont tenues de réviser leurs plans d'affectation d'ici au 20 juin 2022. Les communes qui ne procèdent pas au redimensionnement des zones à bâtir avant cette échéance seront privées de la possibilité de développer de nouvelles zones à bâtir ou de modifier des zones existantes<sup>22</sup>.

#### **IV. Les mesures favorisant et garantissant la disponibilité des zones à bâtir (art. 15a LAT ; art. 50 ss LTC)**

##### **A. Les principes**

Une délimitation adéquate des zones à bâtir ne suffit pas : encore faut-il que les terrains qui leur sont affectés soient disponibles et réellement utilisés pour la construction<sup>23</sup>. La LAT prévoit qu'un terrain est affecté à la zone à bâtir uniquement s'il est nécessaire à la construction dans les quinze prochaines années et si sa disponibilité est garantie sur le plan juridique<sup>24</sup>. Les mesures prévues à l'article 15a LAT sont en relation avec le principe énoncé à l'article 15 LAT. Les cantons sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour fluidifier le marché des terrains à bâtir et respecter les exigences de l'article 15, alinéa 3, LAT<sup>25</sup>. Selon l'article 15a LAT, les cantons doivent prendre des mesures pour lutter

<sup>20</sup> Plan directeur cantonal vaudois, 4<sup>e</sup> adaptation (20.11.2019), Mesure A11, p. 49 (PDCn-VD).

<sup>21</sup> PDCn-VD, p. 49.

<sup>22</sup> PDCn-VD, p. 49.

<sup>23</sup> FF 2010 982.

<sup>24</sup> AEMISEGGER/KISSLING (2016), n° 2 ad art. 15a.

<sup>25</sup> FF 2010 984.

contre la thésaurisation des terrains<sup>26</sup>. Un terrain thésaurisé est un terrain affecté à la zone à bâtir et équipé, mais sur lequel le propriétaire décide de ne pas construire<sup>27</sup>. De nombreux terrains à bâtir demeurent non construits, parce qu'ils sont mal situés ou que le découpage des parcelles et leur état foncier sont peu favorables, mais aussi parce qu'ils sont thésaurisés, que ce soit pour conserver un patrimoine immobilier ou à des fins spéculatives. La thésaurisation des terrains à bâtir a pour effet d'accentuer la pression sur les terrains environnants et sur le territoire agricole; elle contribue ainsi à l'extension des surfaces urbanisées, ce qui va à l'encontre des objectifs de concentration de l'urbanisation et de densification du milieu bâti<sup>28</sup>. La thésaurisation est un problème pour les autorités responsables de l'aménagement du territoire. Elle peut conduire à un manque de zones à bâtir: si la commune dispose de zones à bâtir suffisantes, mais non disponibles, elle ne pourra pas classer de nouveaux terrains en zone à bâtir<sup>29</sup>.

Refusé en votation populaire en 1976, le premier projet de loi sur l'aménagement du territoire prévoyait déjà des mesures pour lutter contre la thésaurisation des terrains<sup>30</sup>. Aussi bien le remembrement qu'un droit d'expropriation en faveur de l'autorité étaient prévus dans cette loi<sup>31</sup>. La LAT adoptée en 1979 a repris la notion de remembrement, mais a abandonné l'expropriation<sup>32</sup>. Le projet de loi sur le développement territorial prévoyait un droit d'emption. Le nouvel article 15a LAT laisse aux cantons le choix des mesures.

## B. Les mesures

Les cantons doivent prendre en collaboration avec les communes les mesures nécessaires pour que les zones à bâtir soient utilisées conformé-

---

26 AEMISEGGER/KISSLING (2016), n° 5 ad art. 15a.

27 Cf. notamment AEMISEGGER/KISSLING (2016), n° 18 ss ad art. 15a LAT; PERREGAUX DUPASQUIER (2006), p. 45; DUBEY (2015), p. 183.

28 FF 2010 982.

29 AEMISEGGER/KISSLING (2016), n° 19 ss ad art. 15a LAT.

30 Avant l'adoption de la LAT en 1979, une première loi avait été adoptée par l'Assemblée fédérale en 1974 (FF 1974 II 816). Cette dernière a fait l'objet d'un référendum et a été refusée par le peuple en 1976 (FF 1976 II 1525).

31 FF 1974 II 826.

32 AEMISEGGER/KISSLING (2016), n° 3 ss ad art. 15a LAT.

ment à leur affectation (art. 15a LAT), afin d'assurer la disponibilité des zones à bâtir. Pour répondre aux critiques faites durant la consultation, le législateur a laissé aux cantons le choix de ces mesures<sup>33</sup>. De telles mesures existaient déjà dans certaines législations cantonales et elles continuent à être utilisées. Il s'agit en particulier des mesures foncières, des contrats de droit administratif, du classement conditionné à l'obligation de construire dans un délai donné, mais aussi des taxes d'incitation, des obligations en matière d'équipement ou de l'expropriation<sup>34</sup>. A la différence d'autres dispositions prévues par la LAT, l'article 15a LAT n'impartit pas de délai aux cantons pour légiférer en cette matière<sup>35</sup>.

Il s'agit ici d'analyser certaines mesures possibles et plus particulièrement le système retenu par le législateur vaudois. Au titre IV de la LATC, ce dernier a prévu les mesures favorisant et garantissant la disponibilité des terrains à bâtir. On y trouve trois articles consacrés à la coordination avec les mesures d'améliorations foncières (art. 50 LATC/VD), à la libération des servitudes (art. 51 LATC/VD) et à la disponibilité des terrains (art. 52 LATC/VD). Toutes les mesures prises par l'autorité pour assurer la disponibilité des terrains doivent se trouver dans le rapport à l'intention de l'autorité cantonale chargée de l'approbation des plans d'affectation ainsi que dans le dossier d'enquête publique<sup>36</sup>.

### 1. *Remaniement parcellaire*

Une seule mesure est explicitement mentionnée à l'article 15a LAT: le remembrement de terrains aussi appelé remaniement parcellaire<sup>37</sup>. Il vise à améliorer la structure parcellaire par le remaniement et l'échange des

---

33 FF 2010 985; DUBÉY (2015), p. 195; AEMISEGGER/KISSLING (2016), n° 35 ad art. 15a LAT.

34 FF 2010 985, cf. également PERREGAUX DUPASQUIER (2006), p. 45 ss; BÜHLMANN/PERREGAUX DUPASQUIER (2013), p. 4; DUBÉY (2015), p. 198 ss.

35 AEMISEGGER/KISSLING (2016), n° 30 ad art. 15a LAT.

36 Art. 47 de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire du 28 juin 2000 (OAT – RS 700.1) et art. 28 du règlement sur l'aménagement du territoire du 22 août 2018 (RLAT/VD – BLV 700.11.2).

37 AEMISEGGER/KISSLING (2016), n° 34 ad art. 15a LAT; BÜHLMANN, PERREGAUX DUPASQUIER (2013), p. 4.

terrains<sup>38</sup>. Déjà prévu à l'origine à l'article 20 LAT, il permet d'obtenir une affectation conforme aux plans et d'encourager la construction sur les parcelles remaniées<sup>39</sup>. Lors de la révision de la LAT en 2012, peu des cantons disposaient d'une législation d'application sur cet aspect. Ceux qui l'utilisaient réellement étaient encore plus rares<sup>40</sup>.

Dans le canton de Vaud, les mesures d'améliorations foncières – comme le remaniement parcellaire – doivent être coordonnées avec les mesures d'aménagement du territoire<sup>41</sup>. L'approbation d'un plan d'affectation peut être subordonnée à un remaniement parcellaire. Les dispositions de la loi sur les améliorations foncières sont applicables<sup>42</sup>. Il s'agit d'une répartition rationnelle entre les mêmes propriétaires de tous les immeubles compris dans un périmètre formant un tout économique ou géographique en vue d'une meilleure utilisation du sol<sup>43</sup>. Dans le cadre d'un remaniement de terrains à bâtir est créé un syndicat d'améliorations foncières. Ce syndicat est constitué par l'adhésion de la majorité des propriétaires. A défaut, il peut être imposé par l'Etat ou par la commune<sup>44</sup>. La procédure est complexe<sup>45</sup>. En lieu et place d'une procédure de remaniement parcellaire, d'autres mesures foncières plus simples peuvent être mises en œuvre par la voix contractuelle<sup>46</sup>. C'est notamment le cas des regroupements de terrains, rectifications de limite ou radiations de servitudes<sup>47</sup>.

## 2. Libération ou transfert de servitudes

Lorsque des servitudes constituées selon le droit privé (par exemple des servitudes de non-bâtir ou de vue) empêchent la concrétisation d'une

---

38 AEMISEGGER/KISSLING (2016), n° 50 ad art. 15a LAT; BÜHLMANN, PERREGAUX DUPASQUIER (2013), p. 4. Voir aussi DUBEY (2015), p. 198 ss et DUBEY (2013), p. 136 ss.

39 FF 2010 985, voir aussi FF 1978 I 1030.

40 FF 2010 985.

41 Art. 50 LATC/VD.

42 Loi sur les améliorations foncières du 29 novembre 1961 (LAF/VD – BLV 913.11).

43 Art. 52 LAF/VD.

44 Art 85j LAF/VD.

45 A ce propos, JEANNERAT (2016), n° 48 ss ad art. 20 LAT.

46 JEANNERAT (2016), n° 60 ss ad art. 20 LAT; AEMISEGGER/KISSLING (2016), n° 52 ad art. 15a LAT; FF 2010 985.

47 FF 2010 985; cf. également *infra* IV, B, 2.

planification, le droit cantonal peut prévoir la possibilité de radier ou modifier ces servitudes<sup>48</sup>. Les cantons de Berne et de Genève connaissaient déjà cette mesure avant la révision de la LAT<sup>49</sup>.

En droit vaudois, cette possibilité existe depuis la révision de la LATC/VD. La municipalité peut libérer ou transférer des servitudes de droit privé si elles sont contraires aux prescriptions impératives du droit des constructions ou font obstacle à une utilisation rationnelle du sol<sup>50</sup>. La loi sur l'expropriation<sup>51</sup> est applicable. Il n'est pas nécessaire de justifier un intérêt suffisant du propriétaire du fonds dominant, mais un intérêt public est nécessaire. Le propriétaire du fonds servant doit verser une contribution correspondant à l'avantage qu'il retire<sup>52</sup>.

### 3. *La disponibilité de la zone à bâtir*

En droit vaudois, l'article 52 LATC/VD prévoit divers moyens pour assurer la disponibilité de la zone à bâtir. Ces outils sont des garanties qualifiées de la disponibilité, car ils nécessitent une action de la commune<sup>53</sup>. La commune doit assurer la disponibilité des terrains, mais aussi déterminer les mesures. Ces possibilités sont mentionnées à l'alinéa 2 de l'article 52 LATC/VD.

#### a. Nouvelle zone à bâtir liée à un projet

La commune peut lier un classement en zone à bâtir à la réalisation d'un projet défini et à la condition que la demande de permis de construire soit déposée dans les trois ans. Ce délai peut être prolongé de deux ans. A l'échéance du délai, si la construction n'est pas réalisée, le terrain retourne à son affectation initiale sans autre procédure.

<sup>48</sup> A ce propos, voir DUBEY (2015), p. 199 ss; CARREL (2019), p. 123 ss.

<sup>49</sup> Cf. art. 126 de la loi sur les constructions (LC/BE- RSB 721.0) et art. 6A de la loi générale sur les zones de développement (LGZD/GE – L 1 35). A ce propos, voir DUBEY (2015), p. 199 ss, notamment note 66 et 67.

<sup>50</sup> Art. 51 LATC/VD.

<sup>51</sup> Loi sur l'expropriation du 25 novembre 1974 (LE – BLV 710.01).

<sup>52</sup> Art. 51, al. 3, LATC/VD.

<sup>53</sup> DUBEY (2015), p. 189; CARREL (2019), p. 124. A ce propos, DUBEY qualifie de garantie simple de la disponibilité les mesures se limitant à une incitation alors que dans le cas de la garantie qualifiée, une mesure d'obligation de construire est ou doit être prise sous une forme quelconque.

b. Délai réglementaire pour construire

Lorsque l'intérêt public le justifie, notamment en cas de pénurie, la commune peut imposer dans son règlement à une parcelle non bâtie un délai de construction allant de 7 à 12 ans. En cas d'inexécution, elle peut soit déclasser le terrain concerné, soit prendre des mesures fiscales.

c. Contrat de droit administratif

La commune peut également conclure des contrats de droit administratif avec les propriétaires fixant les modalités de disponibilité<sup>54</sup>.

d. Changement d'affectation

Lorsqu'un terrain n'est pas construit, se situe en dehors du territoire urbanisé et n'est pas nécessaire à la construction dans les quinze ans à venir, la commune peut – et même devrait – procéder à un changement d'affectation<sup>55</sup>.

**C. Le contrat**

1. *La notion*

Pour assurer la disponibilité des terrains, les cantons, respectivement les communes peuvent passer un contrat lors d'un classement en zone à bâtir ou d'une modification du classement. Cet instrument était déjà utilisé par certaines communes en Suisse avant l'entrée en vigueur du nouvel article 15a LAT. Avant la révision de la LAT, l'utilisation de cet instrument par la collectivité lors du classement d'une parcelle était critiquée par une majorité de la doctrine<sup>56</sup>. Le contrat était admis en particulier lorsque la loi le prévoyait expressément<sup>57</sup>. Pour ADANK, cet instrument devrait être généralisé à certaines conditions<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> A ce propos, cf. *infra* IV, C.

<sup>55</sup> Cf. art. 15 LAT ainsi que AEMISEGGER/KISLING (2016), n° 44 et ad art. 15 LAT.

<sup>56</sup> Cf. ADANK (2016), p. 207 ss et les références citées.

<sup>57</sup> POLTIER (2010), p. 140 ss et les références citées en note de bas de page N 44.

<sup>58</sup> A ce propos, voir ADANK (2016), p. 207 et ss.

## a. Les parties

Le contrat garantissant la disponibilité des terrains est conclu entre la commune et un propriétaire. Un tel contrat nécessite en principe une prestation de l'autorité, soit une plus-value pour le propriétaire qui conclut ce contrat<sup>59</sup>. C'est le cas lors du classement en zone à bâtir, d'un changement d'affectation ou de l'augmentation des droits à bâtir.

## b. La qualification

Le contrat garantissant la disponibilité des terrains est un contrat de droit administratif. Cette qualification est importante, car le régime n'est pas le même qu'un contrat de droit privé, notamment pour la forme et la procédure<sup>60</sup>.

En droit public, la décision a longtemps été considérée comme le seul acte juridique pour assurer les relations juridiques entre l'autorité et les administrés<sup>61</sup>. Depuis lors, les tâches administratives ont évolué. Même si la décision est restée l'acte typique de l'administration<sup>62</sup>, d'autres instruments se sont développés, à l'instar du contrat de droit administratif. Le fait que l'autorité soit partie à un contrat ne signifie pas encore que ce contrat puisse être qualifié de contrat de droit administratif<sup>63</sup>. D'autres critères doivent être analysés, comme ceux de la subordination, de l'objet, de la volonté des parties, ou encore des intérêts en présence<sup>64</sup>. Généralement, la distinction s'oriente autour de l'intérêt public<sup>65</sup>. Pour le Tribunal fédéral, le contrat de droit privé et le contrat de droit administratif se distinguent essentiellement par leur objet. Une convention relève notamment du droit administratif lorsqu'elle met directement en jeu l'intérêt public, parce qu'elle a pour objet une tâche d'administration publique ou une dépendance du domaine public<sup>66</sup>.

---

<sup>59</sup> AEMISEGGER/KISLING (2016), n° 45 ad art. 15a LAT.

<sup>60</sup> MOOR/POLTIER (2011), p. 420 ss.

<sup>61</sup> A ce propos, voir MOOR/POLTIER (2011), p. 1 ss.

<sup>62</sup> MOOR/POLTIER (2011), p. 4 ss et 174 ss.

<sup>63</sup> NGUYEN (1998), p. 15 ss.

<sup>64</sup> NGUYEN (1998), p. 7 ss.

<sup>65</sup> POLTIER (2010), p. 146.

<sup>66</sup> ATF 105/1979 Ia 392, 394, c. 3. Voir aussi *infra* VI, B, 2.

Ici le contrat est conclu entre l'autorité et un particulier. L'objet de ce contrat concerne le classement d'un terrain en zone à bâtir et la construction de cette parcelle dans un délai donné. Il s'agit bien d'un objet régi par le droit public.

c. Les exigences légales

Certains cantons prévoient la base légale nécessaire et explicite pour de tels contrats<sup>67</sup>. Ils peuvent aussi laisser aux communes la compétence de créer les bases légales nécessaires<sup>68</sup>. Cette possibilité existe en droit vaudois<sup>69</sup>. La commune peut conclure avec les propriétaires des contrats de droit administratif fixant les modalités de la disponibilité. De tels contrats prévoient au moins le délai pour construire et les conséquences du non-respect de ce délai. A Fribourg, le principe est le même. La commune a la possibilité de conclure un contrat en vue de la construction des terrains qu'elle entend mettre en zone à bâtir. La loi fribourgeoise<sup>70</sup> précise que le contrat peut fixer les modalités de financement de l'équipement. Un droit d'emption en faveur de la commune est possible si les terrains ne sont pas construits à l'échéance d'un certain délai. Le canton d'Uri prévoit également la possibilité de conclure de tels contrats<sup>71</sup>. Dans les cantons de Soleure et Nidwald, leur contenu, ainsi que les sanctions en cas d'inexécution sont détaillés. Dans la loi soleuroise, la commune peut subordonner le classement en zone à bâtir d'un terrain à la conclusion d'un contrat exigeant que le propriétaire construise dans un délai de 5 à 10 ans<sup>72</sup>. A Nidwald, la solution retenue est un peu différente: la commune est tenue d'obtenir un accord écrit avec les propriétaires des terrains concernés avant la création des nouvelles zones à bâtir. L'accord doit déterminer le délai dans lequel le projet de construction doit être exécuté – sans dépasser 10 ans – les conséquences si la construction

---

67 AEMISEGGER/KISSLING (2016), n° 44 ad art. 15a LAT.

68 AEMISEGGER/KISSLING (2016), n° 43 ad art. 15a LAT.

69 Art. 52, al. 2, let. c, LATC/VD.

70 Art. 48 de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions du 2 décembre 2008 (LATeC/FR – RSF 710.1).

71 Art. 45b Planungs und Baugesetz du 13 juin 2010 du canton d'Uri (PBG/UR – SR 40.1111).

72 Cf. *infra* IV, C, 4.

n'est pas réalisée en temps utile les montants des indemnisations en cas de déclassement<sup>73</sup>.

## 2. *Le contenu minimal du contrat*

Pour qu'un tel contrat soit conclu, l'accord des deux parties au contrat est nécessaire. Il doit au moins contenir le délai dans lequel la construction doit être effectuée et la sanction en cas d'inexécution. C'est la solution retenue en droit vaudois.

Que se passe-t-il si l'accord entre les parties n'aboutit pas et qu'aucun contrat n'est conclu? La commune devrait renoncer à classer en zone à bâtir. Mais cela pourrait aboutir à une planification peu cohérente avec des trous ou brèches dans la zone à bâtir. La loi ne donne pas de solution. A Lucerne, la commune peut exercer un droit d'emption pour les parcelles non construites, huit ans après l'entrée en vigueur de la modification de la loi du 17 juin 2013 ou depuis le classement de la parcelle<sup>74</sup>. Il convient ici de préciser qu'on se trouve dans cette hypothèse avant la conclusion du contrat. Lorsque les parties ont conclu le contrat, mais que la parcelle n'est pas bâtie à l'échéance du délai, la sanction doit être prévue dans le contrat<sup>75</sup>.

## 3. *La forme*

Un contrat de droit administratif est en principe passé en la forme écrite<sup>76</sup>. La même solution s'applique pour le contrat de planification<sup>77</sup>. Dans le cas où le contrat prévoit comme sanction un droit d'emption<sup>78</sup>, le contrat doit revêtir la forme authentique<sup>79</sup>.

<sup>73</sup> Art. 26 Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht du 21 mai 2014 du canton de Nidwald (Planungs- und Baugesetz, PBG – SR/NW 611.1).

<sup>74</sup> Art. 38 Planungs- und Baugesetz du 7 mars 1989 (PBG/LU – SRL 735).

<sup>75</sup> Cf. *infra* IV, C, 4.

<sup>76</sup> A ce propos voir, MOOR/POLTIER (2011), p. 462; NGUYEN (1998), p. 92 et ss.

<sup>77</sup> ADANK (2016), p. 196.

<sup>78</sup> Cf. *infra* IV, C, 4, b.

<sup>79</sup> Art. 216, al. 2, CO. ADANK (2016), p. 197.

#### 4. *L'inexécution du contrat*

##### a. Les sanctions possibles

Quel se passe-t-il à l'échéance du délai contractuel si la construction n'est pas réalisée ? La conséquence doit être fixée par le contrat. En droit vaudois, la loi laisse aux parties le choix de la conséquence. Il peut s'agir de sanctions pécuniaires, d'un droit d'emption<sup>80</sup>, d'un appel d'offres public ou d'un déclassement sans indemnisation<sup>81</sup>. La loi soleuroise prévoit dans un tel cas que le terrain est réputé déclassé par une décision de l'autorité compétente<sup>82</sup>.

##### b. Le droit d'emption

Les parties peuvent convenir d'un droit d'emption en cas d'inexécution du contrat. Le droit d'emption est la faculté en vertu de laquelle une personne peut se porter acheteur d'une chose à un certain prix<sup>83</sup>. Elle se conçoit comme une vente conditionnelle<sup>84</sup>. A l'échéance du délai convenu dans le contrat, si la parcelle n'est pas construite, l'autorité peut acquérir la parcelle et s'assurer que cette parcelle soit construite<sup>85</sup>. La parcelle devrait ensuite être construite sans délai si l'autorité exerce son droit d'emption.

Le droit d'emption n'est pas formellement mentionné dans la LATC/VD. Une base légale n'est toutefois pas nécessaire pour prévoir un tel instrument dans un contrat qui repose sur la volonté des parties, le droit d'emption visant à ce que les zones à bâtir soient utilisées conformément à leur affectation<sup>86</sup>. Dans le canton de Vaud, le droit d'emption n'est prévu que par la loi sur la préservation et la promotion du parc locatif<sup>87</sup>.

---

<sup>80</sup> Cf. *infra* IV, C, 4, b.

<sup>81</sup> CARREL (2019), p. 6 ; AEMISEGGER/KISLING (2016), n° 43 ad art. 15a LAT.

<sup>82</sup> Art. 26<sup>bis</sup> Planungs- und Baugesetz du 3 décembre 1978 de Soleure (PBG/SO – BGS 711.1).

<sup>83</sup> MOOSER (2005), p. 162 ; TERCIER/BIERI/CARRON (2016), p. 142.

<sup>84</sup> ATF 129/2003 III 264, 267 s, c. 3.2.1. Le Tribunal fédéral et la doctrine penchent plutôt pour cette qualification, mais la qualification juridique du droit d'emption fait l'objet de controverses, cf. MOOSER (2005), p. 162 ss et FOËX, p. 387.

<sup>85</sup> AEMISEGGER/KISLING (2016), n° 69 ad art. 15a LAT.

<sup>86</sup> ADANK (2016), p. 300.

<sup>87</sup> Loi sur la préservation et la promotion du parc locatif du 10 mai 2016 (LPPPL/VD – BLV 840.15).

Lors de l'élaboration ou de la modification d'un plan d'affectation, la commune peut conclure avec les propriétaires de terrains qu'elle entend mettre en zone à bâtir des contrats de droit administratif lui octroyant un droit d'emption, afin de créer des logements d'utilité publique sur les terrains qui ne sont pas construits à l'échéance d'un certain délai<sup>88</sup>. La loi prévoit que le bien-fonds acquis par l'autorité est voué sans retard à la construction. La commune le met à disposition par l'octroi d'un droit de superficie ou réalise la construction elle-même<sup>89</sup>. L'obligation de construire et le droit d'emption sont mentionnés au registre foncier comme restrictions de droit public à la propriété. Pour un contrat de droit administratif fondé sur l'article 52, alinéa 2, lettre c, LATC/VD, l'exigence d'inscription au registre foncier n'est pas obligatoire faute de base légale spécifique; ce n'est qu'une faculté des parties<sup>90</sup>. Elles devraient toutefois être encouragées à le faire, notamment en cas de vente de la parcelle.

Il est aussi possible d'imaginer un droit d'emption comme mesure assurant la disponibilité des terrains. Dans ce cas l'autorité peut acquérir une parcelle dans un délai donné si celle-ci n'est pas construite, sans qu'un contrat soit conclu. Bien évidemment, pour qu'une telle mesure puisse être utilisée par l'autorité, elle doit être formellement prévue dans la loi cantonale. C'est le cas dans le canton d'Obwald: si un terrain affecté à la zone à bâtir n'est pas construit dans un délai de 10 ans dès l'entrée en vigueur de la loi, la commune peut acquérir la parcelle en se fondant sur la loi<sup>91</sup>.

### 5. *Le contentieux*

Quelle est la voie de droit en cas de litige entre les parties? De manière générale, lorsqu'un contrat est conclu, les litiges entre parties relèvent de

---

<sup>88</sup> Par logement d'utilité publique (art. 27 LPPPL/VD), on entend les logements bénéficiant d'une aide à la pierre, au sens de la loi du 9 septembre 1975 sur le logement, les logements protégés destinés aux personnes âgées, les logements pour étudiants dont l'Etat contribue à la création par un prêt et les logements à loyer abordable reconnus d'utilité publique (art. 27, al. 2, LPPPL/VD).

<sup>89</sup> Art. 30 LPPPL/VD.

<sup>90</sup> Art. 962, al. 1, CC. Cf. ADANK (2016), p. 172.

<sup>91</sup> Cf. art. 11a Baugesetz du 12 juin 1994 d'Obwald (BauG/OW – GDB 710.1) AEMI-SEGGGER/KISLING (2016), n° 70 ad art. 15a LAT.

l'autorité compétente en matière de contentieux contractuel<sup>92</sup>. Pour les contrats de droit public cantonal, c'est généralement la voie de l'action de droit administratif qui est ouverte<sup>93</sup>. Cela doit être le cas d'un contrat de droit administratif garantissant la disponibilité des terrains.

Ce sont en principe les tribunaux administratifs qui sont compétents<sup>94</sup>. Cependant, en droit vaudois, la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal statue par voie d'action uniquement lorsqu'une loi spéciale le prévoit, ce qui est exceptionnel<sup>95</sup>; à défaut, les tribunaux civils sont compétents.

## V. Les accords intercommunaux de transferts de droits à bâtir

### A. L'origine

Afin d'assurer l'efficacité des nouvelles règles de la révision de la LAT, le législateur a prévu des dispositions transitoires strictes<sup>96</sup>. Selon l'article 38a LAT, les cantons devaient adapter leur plan directeur aux articles 8 et 8a, alinéa 1, LAT, dans les cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la modification du 15 juin 2012. Jusqu'à l'approbation de l'adaptation, la surface totale des zones à bâtir légalisées ne devait pas augmenter dans le canton. Après l'échéance du délai, aucune nouvelle zone à bâtir ne pouvait être créée tant que l'adaptation du plan directeur n'avait pas été approuvée par le Conseil fédéral. Le 1<sup>er</sup> mai 2019, trois cantons, Obwald, Glaris et le Tessin n'avaient pas adapté leur plan directeur et

---

<sup>92</sup> A ce propos, voir MOOR/POLTIER (2011), p. 482 ss; NGUYEN (1998), p. 255 ss.

<sup>93</sup> Aussi appelé contentieux subjectif, l'action de droit administratif est ouverte pour toute contestation relative à des prétention de droits public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision, cf. BOVAY (2015), p. 661; MOOR/POLTIER (2011), p. 482.

<sup>94</sup> C'est notamment le cas dans le canton de Fribourg, Genève, Neuchâtel et du Valais. Il convient de relever que dans le canton de Berne et du Jura, la compétence est partagée entre le préfet et le juge administratif en fonction des parties au litige, cf. BOVAY (2015), p. 665 ss.

<sup>95</sup> L'art. 106 de la loi sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 (LPA/VD – BDLV 173.36) précise que la compétence de cette autorité pour connaître d'une action de droit administratif est limitée aux cas où la loi spéciale le prévoit. Le Tribunal cantonal n'a admis sa compétence que dans le cadre de l'action prévue par l'art. 73 LPA/VD (contestation opposant les institutions de prévoyance, les employeurs et leurs ayants droit).

<sup>96</sup> AEMISEGGER/KISSLING (2016), n° 1 ad art. 38a LAT; BOVAY (2016), p. 136.

les nouvelles zones à bâtir dans ces cantons n'étaient plus possibles<sup>97</sup>. Durant ce laps de temps, soit entre l'entrée en vigueur de la LAT et l'adaptation du plan directeur, pour approuver un classement en zone à bâtir, il fallait qu'une surface au moins équivalente ait été déclassée dans le canton<sup>98</sup>. S'exprimant sur cette disposition dans le message accompagnant le projet de révision, le Conseil fédéral précisait que les classements compensés par des déclassements de même surface étaient autorisés<sup>99</sup>. Cette formulation laissait entendre une simultanéité entre les opérations de classement et de déclassement, ce qui ressortait clairement des intentions du législateur<sup>100</sup>. Si une commune souhaitait réaliser un projet durant la période transitoire nécessitant une nouvelle zone à bâtir, elle procédait en principe à une compensation au sein de son propre territoire communal<sup>101</sup>. Une autre solution était de trouver une autre commune, dans le même canton, disposée à procéder à cette compensation, en dézonant une ou plusieurs parcelles sur son territoire.

## B. La notion

En l'absence de régime légal prévoyant cette situation, les communes voulant procéder au transfert de droits à bâtir doivent conclure une convention afin de régler les modalités (dédommagement, exigence de

---

<sup>97</sup> Le plan directeur du canton d'Obwald a été approuvé par le Conseil fédéral le 24 juin 2020. Les plans directeurs du canton du Tessin et de Glaris sont actuellement en train d'être examinés par le Conseil fédéral (Etat au 1<sup>er</sup> juillet 2021). Il convient aussi de relever que les cantons qui ne disposaient pas d'une réglementation cantonale répondant aux prescriptions du droit fédéral en matière de taxation de la plus-value au 1<sup>er</sup> mai 2019 étaient également soumis au gel de nouvelles zones à bâtir. Le 1<sup>er</sup> mai 2019, cinq cantons y étaient soumis: Genève, Lucerne, Schwyz, Zoug et Zurich. Chaque canton dispose désormais d'une réglementation permettant de compenser les plus-values qui résultent d'un classement en zone à bâtir.

<sup>98</sup> Art. 52a, al. 2, let. a, OAT. Deux autres cas de classement de nouvelles zones à bâtir sont visés par cette disposition soit l'approbation des zones affectées à des besoins publics dans lesquelles le canton planifie des infrastructures qui sont d'une très grande importance et présentent un caractère urgent sont créées ou la création d'autres zones d'importance cantonale pour répondre à une nécessité urgente. Sur l'interprétation de ces deux dispositions, cf. ATF 142/2016 II 415, 419, c. 2.2.1 ainsi que PERREGAUX DUPASQUIER (2015), p. 7. A notre sens, ces deux exceptions sont discutables, à ce propos, cf. BOVAY (2016), p. 137.

<sup>99</sup> FF 2010 966.

<sup>100</sup> ATF 142/2016 II 415, 418, c. 2.1.

<sup>101</sup> MAHAÏM (2014), p. 616; BOVAY (2016), p. 137.

réciprocité, autres engagements)<sup>102</sup>. Pour MAHAIM, en lieu et place d'un contrat, il serait imaginable de recourir à un plan d'affectation supra-communal. Toutefois le recours à ce type d'instrument est encore rare<sup>103</sup>.

Relevons d'emblée que ce type de convention est isolé, car il se limitait à la période transitoire terminée le 1<sup>er</sup> mai 2019<sup>104</sup>. Dans le canton de Vaud, un cas entre la Commune de Morges et Villarzel est allé jusqu'à la fin de l'opération de compensation.

### 1. *Les parties*

Deux collectivités locales – en principe deux communes – concluent un tel accord. La commune qui bénéficie de cet accord, soit celle qui doit créer une nouvelle zone à bâtir, est plutôt une commune bénéficiant de coefficient de croissance relativement élevé, en principe une commune faisant partie d'une agglomération ou de centres régionaux.

Dans la mesure où l'aménagement du territoire est du ressort de l'organe législatif communal, cet organe doit être associé à cette mesure. Une information suffit-elle ou faut-il obtenir l'accord formel de cette autorité ? Comme un tel accord s'accompagne nécessairement d'un classement ou d'un déclassement, il concerne l'affectation d'une parcelle dont la compétence revient en dernier lieu à l'organe législatif communal. Cet organe doit de plus être informé avant la conclusion d'une telle convention, ce qui évite des difficultés lors du vote d'adoption du plan d'affectation.

En ce qui concerne l'autorité cantonale, la prudence veut qu'elle soit aussi informée préalablement, notamment en vue de coordonner la procédure d'approbation requise par l'article 26 LAT<sup>105</sup>.

### 2. *La qualification*

Ce contrat met en présence deux collectivités publiques. On ne peut pas appliquer uniquement le critère des sujets pour qualifier cet acte en question de contrat de droit administratif, car deux entités de droit

---

<sup>102</sup> MAHAIM (2014), p. 617.

<sup>103</sup> MAHAIM (2014), p. 617.

<sup>104</sup> Cf. *supra*, II, A.

<sup>105</sup> BOVAY (2016), p. 137

public peuvent convenir d'un contrat de droit privé<sup>106</sup>. Il faut examiner encore l'objet du contrat sous l'angle des intérêts en présence. L'objet du contrat est le transfert de droits à bâtir afin de permettre chez l'une des collectivités une nouvelle zone à bâtir. Le classement de zone à bâtir est réglementé par le droit public. Il s'agit bien d'un contrat de droit administratif.

Lorsque les deux parcelles appartiennent aux collectivités locales, les modalités financières devraient aussi être prévues dans cet accord<sup>107</sup>. Lorsque les parcelles appartiennent à des privés, la situation est différente. La convention passée entre la ou les communes et le propriétaire privé relève du droit privé. La commune passe un autre accord avec le propriétaire de la parcelle qui est classée. C'est ce qui s'est passé dans les Communes de Morges et Villarzel. La Commune de Villarzel et le propriétaire du terrain classé (à Morges) ont par ailleurs signé une convention d'indemnisation.

### 3. *Les exigences légales*

Lorsque deux collectivités envisagent de conclure une telle convention, elles doivent examiner si cela ne dépasse pas les limites de croissance posées par l'article 15 LAT, ce qui suppose une pesée complète des intérêts en présence<sup>108</sup>. Un transfert de droits à bâtir entre communes est possible à la condition que la légalisation du dézonage soit effectuée avant ou simultanément à la création d'une nouvelle zone à bâtir. Aussi la nouvelle zone à bâtir ne peut pas dépasser le taux de croissance dans la commune qui acquiert les droits à bâtir ni porter atteinte aux surfaces d'assolement puisqu'il s'agit de règles impératives de droit public<sup>109</sup>.

## C. **Le contenu**

La simultanéité entre le classement et le déclassement est de rigueur. Mais le déclassement peut avoir lieu avant l'adoption de la nouvelle zone à bâtir et non l'inverse. Les conventions doivent prévoir cette synchronisation entre le classement et le déclassement. Pour l'Office fédéral du

<sup>106</sup> TANQUEREL (2018), p. 343.

<sup>107</sup> Sur la question des modalités financières, cf. *infra* V, C.

<sup>108</sup> MAHAÏM (2014), p. 616 ; TF 1C\_15/2013 du 9 août 2013, c. 2.

<sup>109</sup> Sur les taux de croissance prévus par le plan directeur cantonal vaudois, cf. *supra* III.

développement territorial, si le déclassement est attaqué, le classement en zone à bâtir fera partie intégrante de l'objet de ce litige, attendu qu'il ne saurait être accepté si le déclassement ne devait pas avoir lieu<sup>110</sup>. En réalité, même s'il est préférable que le déclassement intervienne avant le classement, l'autorité cantonale peut subordonner l'entrée en vigueur de la nouvelle zone à bâtir au déclassement dans l'autre commune. Même si elles sont liées, les deux procédures sont distinctes. Il est peu probable que l'autorité d'approbation traite tout à fait simultanément les deux plans en question.

Les deux autorités doivent également se mettre d'accord sur les modalités. Celles financières sont délicates à régler<sup>111</sup>. On ne peut pas se limiter à considérer que la commune qui décline doit obtenir une partie de l'augmentation de la valeur des terrains nouvellement classés en zone à bâtir dans l'autre commune<sup>112</sup>.

#### **D. L'inexécution**

Comme mentionné ci-dessus, en cas d'échec du déclassement, le classement ne peut pas entrer en vigueur et la convention devient caduque.

#### **E. Le contentieux**

Les conventions devraient préciser l'autorité compétente en cas d'éventuel différend sur l'interprétation ou l'exécution du contrat. Une clause d'arbitrage n'est pas exclue puisqu'on sort de l'aménagement du territoire et des prescriptions impératives de la loi<sup>113</sup>. La voie de l'action devrait être ouverte en cas de litige. A défaut d'arbitrage, une clause de prorogation de for et de juridiction est de nature à éviter les difficultés de qualification.

---

<sup>110</sup> ARE (2014), p. 30.

<sup>111</sup> A ce propos, BOVAY (2016), p. 138.

<sup>112</sup> BOVAY (2016), p. 138.

<sup>113</sup> BOVAY (2016), p. 138.

## VI. Les transferts de coefficients et compensation de distances

### A. L'origine

L'un des buts de la révision de 2012 de la LAT est de lutter contre le mitage du territoire. Il faut densifier là où le territoire est déjà bâti et dézoner les milieux non bâtis. Les droits à bâtir ne sont pas mentionnés par la LAT. Toutefois, le fait de créer des zones à bâtir implique que les propriétaires de ces parcelles peuvent disposer des droits à bâtir<sup>114</sup>. En matière de droit public des constructions, un plan d'affectation définit des règles précises par zone, telles les règles de distances ou les coefficients. Les possibilités de construire sur une parcelle sont déterminées par le plan d'affectation et son règlement.

Le transfert de coefficients ou la compensation de distances apparaît dans ce contexte comme un instrument utile<sup>115</sup>. Il permet de s'assurer que dans un certain périmètre, les droits bâtis de l'ensemble des parcelles soient utilisés. D'un côté, le propriétaire d'une parcelle peut augmenter les droits à bâtir d'une parcelle, en réalisant un projet plus important. De l'autre, il permet au propriétaire qui n'a pas utilisé pleinement les droits de construction de sa parcelle et qui ne souhaite pas les utiliser pleinement d'en faire un usage économique complet en transférant ses droits<sup>116</sup>.

Il convient de rappeler à quoi correspondent les notions de distances et de coefficients. Ces notions sont déterminées par les réglementations cantonales et communales. Dans le canton de Vaud, les réglementations concernant les distances et les coefficients, comme la plupart des règles concernant le droit (matériel) des constructions (dimensions, volumétrie), sont généralement des normes communales.

#### 1. *Les distances*

La réglementation sur les distances tend principalement à préserver un minimum de lumière, d'air et de soleil entre les constructions afin de garantir un aménagement sain et rationnel; elle a pour but d'éviter que

<sup>114</sup> BELLANGER (2013), p. 234.

<sup>115</sup> A ce propos, voir notamment PIOTET (2019), p. 158 ss.

<sup>116</sup> A ce propos, FRIGERIO (2019), p. 207 ss.

les habitants de bien-fonds contigus n'aient l'impression que la construction voisine les écrase. Elle vise également à garantir une certaine tranquillité aux habitants<sup>117</sup>. On distingue les distances à la limite – soit la distance entre la projection du pied de façade et la limite de la parcelle – et les distances entre bâtiments – soit la distance entre les projections des pieds de façade de deux bâtiments<sup>118</sup>.

## 2. *Les coefficients*

Les coefficients sont des prescriptions relatives à la mesure de l'utilisation du sol. On distingue les coefficients d'utilisation du sol (CUS) et les coefficients d'occupation du sol (COS)<sup>119</sup>. Le COS exprime le rapport entre la surface bâtie et la surface de la parcelle; le CUS exprime le rapport entre la somme des surfaces de plancher et la surface de la parcelle<sup>120</sup>. Les coefficients ont notamment pour but de concrétiser les principes d'aménagement du territoire – en particulier le maintien d'une certaine harmonie entre les constructions et l'espace non bâti (art. 1 et 3 LAT). Ils ne sont toutefois pas les seuls outils à disposition de l'autorité pour atteindre ces objectifs. Les règles sur les distances, sur les dimensions (longueur, largeur, hauteur) et sur l'ordre des constructions (contigu ou non contigu) remplissent en effet des fonctions similaires<sup>121</sup>.

---

117 Arrêt de la Cour de droit administratif et public du canton de Vaud, AC.2010.0327 du 26 octobre 2011, c. 2 et les références mentionnées.

118 Ces définitions correspondent à celles retenues par l'Accord intercantonal harmonisant la terminologie dans le domaine des constructions du 22 septembre 2005 (AIHC). L'Accord harmonise 30 méthodes de mesures et notions formelles (définitions) relevant de la construction, telles que les hauteurs, distances, étages, etc., afin que chaque notion soit comprise de la même manière dans tous les cantons. Les cantons qui adhèrent à l'AIHC s'engagent à reprendre ses définitions et ses modes de mesures dans leur droit en matière d'aménagement du territoire et de construction. 18 cantons y ont déjà adhéré. Le canton de Vaud n'y a pas encore adhéré. Son adhésion est prévue dans le projet de révision de la deuxième partie de la LATC/VD. Il n'est pas certain que l'accord améliore la situation réglementaire dans le canton de Vaud vu sa complexité, les nombreuses définitions qu'il contient et l'autonomie communale en cette matière.

119 On trouve aussi le terme d'indices d'occupation du sol ou d'utilisation du sol, termes retenus par l'Accord intercantonal, qui ont une portée un peu différente.

120 Annexe I de l'AIHC, art. 8 ss, voir aussi BOVAY/DIDISHEIM/SULLIGER/THONNEY (2010), p. 598 ss.

121 Arrêt TF 1C\_389/2013 du 25 mars 2014, c. 4.1.

## B. La notion

Le transfert des possibilités de bâtir est admis en droit suisse, même sans disposition légale expresse<sup>122</sup>. Les objectifs de l'aménagement du territoire doivent s'analyser à l'échelle de la zone ou du quartier concerné et non seulement à l'échelle de la parcelle. Pour cette raison, on admet que le coefficient d'utilisation ou d'occupation du sol peut être transféré à certaines conditions sur une parcelle voisine dans la même zone<sup>123</sup>.

Il convient néanmoins de distinguer le transfert de droits à bâtir d'une parcelle à une autre, qui implique une augmentation des possibilités de construction sur une parcelle et une diminution sur une autre, du régime dérogatoire qui implique uniquement une augmentation des droits à bâtir sur une parcelle. Dans cette dernière hypothèse, l'autorisation dérogatoire nécessite une base légale<sup>124</sup>.

Lors d'un transfert de droits à bâtir, l'essentiel est que la surface voisine mise à contribution pour le calcul de la surface constructible ne puisse plus servir ultérieurement à un tel calcul<sup>125</sup>. La jurisprudence en a déduit que la surface mise à contribution devrait être grevée d'une servitude de non-bâtir au profit de la collectivité<sup>126</sup>.

### 1. Les parties

Contrairement aux deux autres institutions abordées ci-dessus, l'autorité n'est en principe pas partie au contrat. Le contrat est passé entre deux particuliers, propriétaires des parcelles concernées. Ceci implique

<sup>122</sup> Arrêt TF 1C\_389/2013 du 25 mars 2014, c. 4.1 ; ATF 101/1975 Ia 289, 290 s, c. 3a ; ATF 109/1983 Ia 188, 190 s, c. 3. Voir aussi BELLANGER (2013), p. 241 ss ; PIOTET (2000), p. 40 ss ; PIOTET (2019), p. 158 ss.

<sup>123</sup> Arrêt TF 1C\_332/2007 du 13 mars 2008 c. 4.3 ; Arrêt TF 1P.459/2004 du 9 février 2005 c. 4.2.3.

<sup>124</sup> PIOTET (2000), p. 40. Dans le canton de Vaud, la LATC/VD le prévoit expressément à son art. 85, soit que dans la mesure où le règlement communal le prévoit, des dérogations aux plans et à la réglementation y afférente peuvent être accordées par la municipalité pour autant que des motifs d'intérêt public ou des circonstances objectives le justifient. L'octroi de dérogations ne doit pas porter atteinte à un autre intérêt public ou à des intérêts prépondérants de tiers.

<sup>125</sup> Arrêt TF 1C\_389/2013 du 25 mars 2014, c. 4.1.

<sup>126</sup> ATF 109/1983 Ia 188, 190 s, c. 3 ; ATF 101/1975 Ia 289, 290 s, c. 3a.

quelques difficultés de qualification du contrat<sup>127</sup>. La commune reste néanmoins concernée, car c'est elle qui accorde le permis de construire et contrôle le respect global des règles entre les parcelles<sup>128</sup>.

## 2. *La qualification*

Il convient de déterminer si la relation entre les parties relève du droit public ou du privé<sup>129</sup>. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché cette qualification. Dans ce cas particulier, elle peut poser quelques difficultés. En comparaison avec les deux autres types de contrats examinés, dans lesquels l'autorité est partie, ce n'est pas le cas ici. Les deux propriétaires doivent conclure un contrat, soit un accord réciproque et concordant sur le transfert de droits à bâtir. Le critère des sujets ne peut pas exclusivement indiquer que le contrat conclu entre deux propriétaires privés relèverait du droit privé, car la jurisprudence admet qu'un contrat de droit administratif puisse être conclu entre deux sujets de droit privé, dans la mesure où leur relation est régie par le droit public<sup>130</sup>.

Comme on l'a vu, le contrat de droit privé et le contrat de droit administratif se distinguent essentiellement par leur objet<sup>131</sup>. Même si la réglementation concernant les droits à bâtir relève du droit public, cela ne suffit pas pour qualifier ce contrat de contrat de droit administratif<sup>132</sup>. Pour PIOTET, l'appartenance de cet accord au droit public n'est pas douteuse<sup>133</sup>. Il invoque que le transfert est une matière de droit public, car la convention permet de réaliser un intérêt public soit celui de la réalisa-

---

<sup>127</sup> Cf. *infra* VI, B, 2.

<sup>128</sup> Cf. *infra* VI, B, 3, c.

<sup>129</sup> Cf. *supra* IV, C, 1, b.

<sup>130</sup> ATF 103/1977 Ib 335, 336 s, c. 3; ATF 99/1973 Ib 115, 120, c. 2. Voir aussi ZWAHLEN (1958), p. 495a; MOOR/POLTIER (2011), p. 431; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), p. 295 (§ 1340).

<sup>131</sup> Cf. *supra* IV, C, 1, b.

<sup>132</sup> Dans le même sens, PIOTET (2000), p. 40.

<sup>133</sup> PIOTET (2019), p. 163. Dans une contribution plus ancienne, cet auteur admettait déjà que cette convention relevait du droit public quand bien même elle soit conclue entre deux particuliers (PIOTET [2000] p. 41). Il relevait néanmoins que l'on pourrait songer à qualifier cette convention de vente, d'échéante ou de donation relevant du droit privé, le cas échéant sujet à des restrictions de droit administratif.

tion de l'affectation à la zone à bâtir<sup>134</sup>. Pour cet auteur, si l'objet relève du droit public, et que le contrat a une finalité d'intérêt public, seul le droit administratif régit la convention passée entre personnes privées<sup>135</sup>. A cette définition, on oppose celle retenue par ZWAHLEN pour qui un contrat relève du droit public uniquement si ce contrat a pour objet de déléguer, de concéder, ou de restreindre un droit de nature publique ou s'il met directement en jeu l'intérêt public, car il a pour objet même une tâche d'administration publique ou une chose du domaine public<sup>136</sup>. On en déduit, comme nous l'avons relevé, que même si l'objet relève du droit public, il faut encore que cela concerne une tâche d'administration publique ou une chose du domaine public, ce qui n'est pas le cas des droits à bâtir. Ils définissent l'étendue des possibilités de construction sur une parcelle donnée<sup>137</sup>. Ils ont à ce titre un double rôle : ils permettent de développer et d'aménager les zones réservées à l'habitat et à l'exercice des activités ; ils sont aussi une composante de la propriété privée, car ils déterminent la valeur des biens immobiliers<sup>138</sup>. Le fait d'autoriser le transfert des droits à bâtir permet certes de s'assurer que les zones à bâtir sont utilisées de manière efficiente, mais l'opération d'échange de droits à bâtir est avant tout dans l'intérêt des propriétaires privés. L'intérêt public est limité et ne suffit pas pour admettre que ce contrat relève du droit public. Il s'agit plutôt d'un contrat de droit privé.

Certains auteurs relèvent encore qu'un contrat de droit administratif ne peut être conclu entre deux personnes de droit privé que dans les cas prévus par la loi<sup>139</sup>. Comme le reconnaît le Tribunal fédéral, le transfert des possibilités de bâtir est admis en droit suisse, même sans disposition légale expresse<sup>140</sup>. Cela ne permet pas encore d'en déduire que les parties peuvent conclure un contrat de droit administratif pour ce faire.

<sup>134</sup> PIOTET (2019), p. 163. Ce n'est toutefois le cas uniquement si l'une des parties au contrat a la compétence d'appliquer des règles de droit public, dans ce sens, MOOR/POLTIER (2011), p. 432 ss.

<sup>135</sup> PIOTET (2019), p. 163.

<sup>136</sup> ZWAHLEN (1958), p. 510a ss.

<sup>137</sup> A ce propos, BELLANGER (2013), p. 287 ss.

<sup>138</sup> BELLANGER (2013), p. 306.

<sup>139</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), p. 295 (§ 1340) ; GRISEL (1984), p. 452.

<sup>140</sup> Arrêt TF 1C\_389/2013 du 25 mars 2014, c. 4.1 ; ATF 101/1975 Ia 289, 290 s, c. 3a, ATF 109/1983 Ia 188, 190 s, c. 3. Voir aussi BELLANGER (2013), p. 241 ss ; PIOTET (2000), p. 40 ss ; PIOTET (2019), 158 ss.

Pour TANQUEREL, une base légale expresse n'est pas nécessaire dans la mesure où la relation entre ces personnes est régie par le droit public et que le contrat porte sur l'exécution d'une tâche publique. Il suffit que la loi n'exclue pas le recours au contrat<sup>141</sup>. Le cas d'espèce ne remplit néanmoins pas ce cas de figure : les parties n'accomplissent pas une tâche publique en concluant un tel contrat qui reste de droit privé<sup>142</sup>.

### 3. *Les conditions*

La jurisprudence a eu l'occasion à plusieurs reprises de soumettre ce transfert à un certain nombre de critères.

#### a. Relation entre les parcelles concernées

La jurisprudence exige que les reports d'indices ne se fassent entre des terrains colloqués dans une même zone. Un transfert entre deux zones de nature différente n'est pas possible. Les parcelles doivent être des terrains contigus ou voisins<sup>143</sup>. Rien n'empêche le propriétaire de deux ou plusieurs parcelles contigües de les réunir en une seule en vue de la construction d'un bâtiment ; c'est alors la surface totale ainsi obtenue qui sert à déterminer la surface maximale constructible. Rien n'empêche non plus le propriétaire d'une parcelle quelconque, petite ou moyenne, d'acquérir une parcelle contigüe pour pouvoir augmenter la surface constructible de sa propriété ; s'il peut acquérir une nouvelle parcelle dans ce but, il peut aussi adopter l'autre solution consistant à convenir avec un propriétaire voisin que ce dernier mette à disposition, pour le calcul de la surface constructible, une surface de terrain qui n'a pas déjà servi à un tel calcul pour un bâtiment existant<sup>144</sup>.

Concernant la notion de parcelle contigüe, elle vise des parcelles adjacentes<sup>145</sup>. Le Tribunal fédéral admet le transfert entre parcelles non contigües. La non-contigüité des parcelles en cause ne rend pas le procédé arbitraire, mais les parcelles doivent être proches ou voisines et

---

141 TANQUEREL (2018), p. 346 ss ainsi que p. 349.

142 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), p. 295 (§ 1340); GRISEL (1984), p. 452; MOOR/POLTIER (2011), p. 433 ss; ZWAHLEN (1958), p. 510a ss.

143 Arrêt TF 1C\_478/2015 du 8 avril 2016, c. 3.4.1.

144 ATF 101/1975 Ia 289, 290 s, c. 3a.

145 BELLANGER (2013), p. 242.

former une aire homogène. C'est à l'échelle du quartier que doivent être examinés ces transferts de capacité constructible<sup>146</sup>.

La Cour de droit administratif et public vaudoise a considéré que le cas jugé par le Tribunal fédéral était isolé<sup>147</sup>. Si le Tribunal fédéral a considéré comme non arbitraire un transfert entre deux parcelles qui n'étaient pas contiguës, c'est qu'elles appartenaient à un ensemble de plusieurs parcelles contiguës ayant le même propriétaire. Sinon, l'autorité vaudoise a exclu le transfert pour des parcelles séparées l'une de l'autre par la parcelle d'un tiers, car elles ne présentaient pas les caractéristiques justifiant de les traiter comme un ensemble et d'autoriser le transfert des droits à bâtir. L'argumentation du tribunal vaudois est discutable: on ne peut pas exclure d'emblée le transfert de droits à bâtir si les parcelles ne sont pas contiguës, parce qu'une autre propriétaire les sépare. Il faut procéder à une analyse à l'échelle de la zone ou du quartier concerné et non seulement à l'échelle de la parcelle. On peut mentionner à ce propos, le transfert entre parcelles séparées par une route ou une rivière. Le cas des parcelles non contiguës est par ailleurs admis par l'avant-projet de la deuxième partie de révision de la loi vaudoise; elle prévoit que la municipalité peut autoriser le transfert de capacité constructive entre deux parcelles dont la proximité géographique est suffisante dans une même zone<sup>148</sup>, ce qui pourra s'appliquer à des parcelles non contiguës<sup>149</sup>.

b. Le transfert en chaîne

Même si on peut admettre le transfert entre parcelles non contiguës, les transferts indirects successifs sont contestés<sup>150</sup>. Si l'on admettait le procédé de concentrer de façon disproportionnée sur une seule parcelle toutes les possibilités de bâtir d'une zone, cela reviendrait à détourner la loi et irait à l'encontre d'un développement harmonieux de la zone.

---

<sup>146</sup> Arrêt TF 1C\_389/2013, c. 4.2.

<sup>147</sup> AC.2019.0174 du 10 janvier 2020, notamment c. 4.

<sup>148</sup> Avant-projet LATC/VD, p. 15 et 46.

<sup>149</sup> Avant-projet LATC/VD, p. 15.

<sup>150</sup> PIOTET (2019), p. 165.

c. L'accord de l'autorité compétente

Le contrat est conclu entre deux particuliers. Quelle est l'autorité compétente ? L'autorité doit-elle être prévenue d'un tel contrat ? Son accord est-il nécessaire ? L'avant-projet de révision de la loi vaudoise mentionne uniquement que l'autorité peut autoriser un transfert de capacité constructive entre deux parcelles<sup>151</sup>. En réalité, en partant de l'idée que le contrat entre les deux propriétaires est un contrat de droit privé, l'accord de l'autorité n'est pas nécessaire pour conclure une telle convention. L'autorité interviendra dans un second temps, soit lors de l'exécution du contrat et de l'octroi du permis de construire. Pour PIOTET, le transfert ne peut intervenir avant la notification à l'autorité compétente<sup>152</sup>. S'il est opportun et prudent d'informer l'autorité des tels pourparlers contractuels, la notification et l'accord ne sont pas strictement nécessaires pour conclure un tel contrat. C'est uniquement à l'exécution, par l'octroi du permis de construire, que l'information et l'accord de l'autorité sont nécessaires.

d. La mention au registre foncier

La surface mise à contribution pour le calcul de la surface constructible ne doit plus servir ultérieurement à un tel calcul pour une autre construction. La restriction qui résulte de ce transfert doit être visible. Le projet de révision de la loi vaudoise prévoit ce cas, en mentionnant que le transfert est mentionné au registre foncier. Il ne précise pas de quelle manière<sup>153</sup>.

Cela peut intervenir par l'inscription d'une servitude de non-bâtir en faveur de la commune ou de toute autre restriction de droit public susceptible de prévenir une utilisation excessive du bien-fonds. La mention au registre foncier du transfert de surface de plancher habitable constitue un instrument admissible ; dans sa teneur au 1er janvier 2012, l'article 962 CC impose à la collectivité publique de mentionner au registre foncier les restrictions de droit public à la propriété qu'elle a décidée et qui

---

<sup>151</sup> Avant-projet LATC/VD, p. 46.

<sup>152</sup> PIOTET (2019), p. 170. Pour cet auteur, vu que la convention reste un contrat de droit administratif, elle doit être notifiée à l'autorité compétente pour l'octroi du permis de construire. Tant que la notification n'a pas lieu, il est d'avis que nonobstant toute stipulation contractuelle, la convention n'est pas exécutée.

<sup>153</sup> Avant-projet LATC/VD, p. 47.

ont pour effet d'entraver durablement le pouvoir du propriétaire d'en disposer ou de créer une obligation déterminée durable à sa charge en relation avec l'immeuble. La mention apparaît en outre comme une mesure suffisante, car elle est opposable à tout tiers et permet d'assurer une publicité suffisante, en particulier à l'égard d'un acquéreur ultérieur<sup>154</sup>.

### C. Le contenu

Les tribunaux n'ont pas donné de délimitation précise des transferts de droits à bâtir. Un transfert de 50% a été jugé problématique, alors qu'un transfert de 15% peut être admis<sup>155</sup>. Il ne faut pas que l'institution du transfert de droits à bâtir crée une dysharmonie dans la zone. En cas de transfert d'une part supérieure à 15%, il convient d'analyser si on peut encore admettre ce transfert à l'échelle de la zone ou du quartier.

Comme l'accord de la commune est nécessaire pour exécuter le contrat, il faut prévoir que l'accord de la commune et l'octroi du permis de construire sont des conditions suspensives ou résolutoires<sup>156</sup>.

Les parties doivent également définir les conséquences en cas d'inexécution, notamment en cas de recours contre le refus du permis de construire.

### D. Le contentieux

La qualification du contrat de droit public ou privé peut avoir une incidence sur le contentieux. Partisan du contrat de droit administratif, PIOTET mentionne que l'on doit en déduire un contentieux par voie d'action pour l'autorité, celle-ci n'étant que simplement récipiendaire de l'information et non partie du contrat<sup>157</sup>. A notre sens, et puisque nous avons considéré cette convention comme un contrat de droit privé, il convient de distinguer la convention passée par les parties et la procédure de permis de construire<sup>158</sup>.

---

<sup>154</sup> Arrêt TF 1C\_252/2014 du 4 novembre 2014, c. 2.2; Arrêt TF 1C\_750/2013 du 28 avril 2014 c. 4.2. Pour aller plus loin, PIOTET (2019), p. 171 ss.

<sup>155</sup> FRIGERIO (2019), p. 215.

<sup>156</sup> D'un avis contraire, PIOTET (2019), p. 166 ss.

<sup>157</sup> PIOTET (2019), p. 163.

<sup>158</sup> Cf. *supra* VI, B, 3, c.

Lors de la conclusion d'un tel accord, les parties peuvent prévoir une clause de prorogation de juridiction. Sinon, les tribunaux civils ordinaires sont compétents en cas de contestation. En ce qui concerne l'autorité, il faut déterminer si celle-ci peut intervenir selon les articles 74 et ss CPC<sup>159</sup>. Il convient néanmoins de relever qu'un risque de contestation existe lors de l'exécution du contrat, soit une fois que l'autorité octroie le permis de construire.

En ce qui concerne la procédure de permis de construire, le propriétaire qui construit, soit celui à qui les droits à bâtir sont transférés, est partie. Se pose la question de la qualité de partie, respectivement de la qualité pour recourir du propriétaire qui transfère les droits de bâtir. Dans le cas où l'autorité compétente refuse le permis de construire, ce propriétaire a un intérêt à recourir contre cette décision, puisque le contrat peut être caduc, voire résilié, si l'autorité n'autorise pas le transfert de droits à bâtir<sup>160</sup>.

## VII. Conclusion

Loin des contrats très privés et portant sur de gros montants pratiqués aux États-Unis, les trois catégories de conventions de droits à bâtir étudiées ici présentent des caractéristiques diverses: celle classique des transferts de droits à bâtir entre terrains voisins s'apparente certes à celle américaine, en ayant un caractère de droit privé, mais avec des limites dans leurs proportions pour éviter qu'elles ne remplacent les instruments d'aménagement du territoire, en façonnant des zones et des volumes au gré de propriétaires voisins sans passer par la procédure de planification. Les conventions de compensation concernent pour l'essentiel les collectivités publiques, même si cela peut profiter à des promotions privées, en raison du mécanisme complexe nécessitant la synchronisation des décisions des organes chargés de l'aménagement du territoire, limitant non seulement le nombre de cas possibles, mais surtout leur intérêt vu l'échéance des dispositions transitoires de la révision de la LAT (art. 38a LAT). Les conventions destinées à assurer la mise à disposition des zones à bâtir pour éviter leur thésaurisation, afin de respecter

---

<sup>159</sup> Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC – RS 272).

<sup>160</sup> Cela dépend si l'on construit avec l'accord de la commune et si la délivrance du permis de construire est une condition suspensive ou une condition résolutoire.

les exigences de l'article 15a LAT, lient les particuliers et les collectivités publiques ; elles devraient se développer parallèlement aux révisions des plans d'affectation. Mais on ne saurait prédire que le droit actuel de l'aménagement du territoire en Suisse va vers un régime de contractualisation malgré ces quelques cas où la planification laisse une place à des contrats, bien encadrés par la loi, afin d'éviter une privatisation de ce domaine du droit public en constante évolution.

## Bibliographie

- ADANK NATHALIE (2016), *Le contrat de planification – Utilité, admissibilité et régime du contrat d'aménagement du territoire*, Genève/Zurich/Bâle.
- AEMISEGGER HEINZ, KISSLING SAMUEL (2016), « Art. 15 LAT », in: AEMISEGGER/MOOR//RUCH/TSCHANNEN (édit.), *Commentaire pratique LAT: Planifier l'affectation*, Genève/Zurich/Bâle.
- AEMISEGGER HEINZ, KISSLING SAMUEL (2016), « Art. 15a LAT », in: AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN (édit.), *Commentaire pratique LAT: Planifier l'affectation*, Genève/Zurich/Bâle.
- BELLANGER FRANÇOIS (2013), « Les droits à bâtir: une notion virtuelle pour une valeur réelle », in: *Festschrift Andreas Auer, Direkte Demokratie*, Berne.
- BELLANGER FRANÇOIS (2019), « L'impact du droit public sur les transactions immobilières. Questions choisies en droit genevois », in: *La densification du territoire et son impact sur les transactions immobilières*, Zurich.
- BOVAY BENOÎT (2015), *Procédure administrative*, Berne.
- BOVAY BENOÎT (2016), « Les accords de transfert des droits à bâtir entre communes et la révision de la LAT », *DC* 2016 p. 136 ss.
- BOVAY BENOÎT, DIDISHEIM RAYMOND, SULLIGER DENIS, THONNEY THIERRY (2010), *Droit fédéral et vaudois de la construction*, Bâle.
- BÜHLMANN LUKAS, PERREGAUX DUPASQUIER CHRISTA (2013), « La disponibilité des terrains à bâtir dans les cantons et les communes », *Territoire & Environnement* 05/2013 p. 1 ss.
- CARREL MATTHIEU (2019), « La garantie de la disponibilité juridique des terrains en droit vaudois », *DC* 2019 p. 123 ss.
- DUBEY JACQUES (2013), « De la libre disposition ... à la disponibilité du sol – Une analyse à la lumière du droit fédéral en projet », in: FOËX BÉNÉDICT, *Planification territoriale – Droit fédéral et spécificités cantonales*, Genève/Zurich/Bâle.
- DUBEY JACQUES (2015), « La garantie de la disponibilité du terrain à bâtir – A propos des art. 15, al. 4, let. d, et 15a LAT », in: ZUFFEREY/WALDMANN (édit.), *Révision 2014 de la loi sur l'aménagement du territoire, Faire du neuf avec du vieux*, Zurich, p. 175 ss.

- FLÜCKIGER ALEXANDRE (2015), « La création et le dimensionnement des zones à bâtir : enjeux et méthodes », in : ZUFFEREY/WALDMANN (édit.), *Révision 2014 de la loi sur l'aménagement du territoire, Faire du neuf avec du vieux*, Zurich, p. 55 ss.
- FOËX BÉNÉDICT (1994), « La nouvelle réglementation des droits de préemption, d'emption et de réméré dans le CC/CO », *SJ* 1994 p. 381 ss.
- FOËX BÉNÉDICT (2019), « Densification du territoire : Trois aspects de droit des servitudes », in : *La densification du territoire et son impact sur les transactions immobilières*, Zurich.
- FRIGERIO ANTONIO (2019), « Die Abtretung der (öffentlich-rechtlichen) Baumöglichkeiten », in : *La densification du territoire et son impact sur les transactions immobilières*, Zurich.
- GRISEL ANDRÉ (1984), *Traité de droit administratif I*, Neuchâtel.
- HÄFELIN ULRICH, MÜLLER GEORG, UHLMANN FÉLIX (2016), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zurich/St-Gall.
- JEANNERAT ELOI (2016), « Art. 20 LAT », in : AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN (édit.), *Commentaire pratique LAT : Planifier l'affectation*, Genève/Zurich/Bâle.
- MAHAIM RAPHAËL (2014), *Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire*, Genève/Zurich/Bâle.
- MOOR PIERRE (1991), *Droit administratif – Vol. II : Les actes administratifs et leurs contrôles*, Berne.
- MOOR PIERRE, POLTIER ETIENNE (2011), *Droit administratif – Vol. II : Les actes administratifs et leurs contrôles*, Berne.
- MOOSER MICHEL (2005), « Le droit d'emption complétant le contrat de vente immobilière », in : BIANCHI FRANÇOIS, *Mélanges de l'Association des Notaires vaudois*, Genève.
- NGUYEN MINH SON (1998), *Le contrat de collaboration en droit administratif*, Berne.
- Office fédéral du développement territorial ARE (2014), *Rapport explicatif relatif à la révision partielle du 2 avril 2014 de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire, Mise en œuvre des révisions partielles du 15 juin 2012 et du 22 mars 2013 de la loi du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire*, Berne.

- PERREGAUX DUPASQUIER CHRISTA (2005), « LAT dispositions transitoires – ce qu’il faut savoir lors d’une mise en zone », *Inforum VLP-ASPAN* 1/2015, Berne, p. 3 ss.
- PERREGAUX DUPASQUIER CHRISTA (2006), « Zones à bâtir thésaurisées ou mal situées. Que faire ? », *Territoire & Environnement* 11/2006, p. 45 ss.
- PIOTET DENIS (2000), « Le transfert du coefficient d’utilisation ou d’occupation du sol et le droit privé fédéral », *DC* 2000 p. 39 ss.
- PIOTET DENIS (2019), « Le transfert des droits de bâtir. Aspects de droit public et de droit privé », in: *La densification du territoire et son impact sur les transactions immobilières*, Zurich.
- POLTIER ETIENNE (2010), « La place du contrat dans le droit public des constructions », in: Institut pour le droit suisse et international de la construction (édit.), *Journées suisses du droit de la construction (JDC)*, Fribourg.
- TANQUERL THIERRY (2018), *Manuel de droit administratif*, Genève/ Zurich/Bâle.
- TERCIER PIERRE, BIERI LAURENT, CARRON BLAISE (2016), *Les contrats spéciaux*, Zurich.
- ZWAHLEN HENRI (1958), « Le contrat de droit administratif », *RDS* 1958 IV, p. 465a ss.



# La place du contrat dans le domaine de l’approvisionnement en électricité, en droit suisse

THIERRY LARGEY

*Professeur à l’Université de Lausanne*

## I. Introduction

Le marché de l’électricité met en relation des producteurs offrant de l’énergie issue de diverses sources et les consommateurs qui en acquièrent selon leurs besoins. Pour en assurer le fonctionnement, ces deux groupes d’acteurs économiques sont mis en relation par le biais d’un lien physique : le réseau électrique. Interviennent alors d’autres opérateurs dont dépendent le transport et la distribution de l’électricité, en particulier les gestionnaires de réseau de distribution (GRD)<sup>1</sup>. En Suisse, l’approvisionnement en électricité relève de l’industrie de l’énergie ; la Confédération et les cantons sont appelés à fixer les conditions-cadres nécessaires à l’accomplissement de cette tâche d’intérêt public<sup>2</sup>.

Par le passé, les consommateurs étaient liés exclusivement à un gestionnaire de réseau, chargé de la distribution et de la fourniture en électricité. Ces activités s’apparentaient à certains égards à un service public prévu dans le droit cantonal ou communal. Lorsque la fourniture incombait à des services industriels communaux, la relation qui se tissait entre le distributeur et le consommateur relevait du droit public ; la distribution s’apparentait alors à une tâche publique<sup>3</sup>. Le prix de l’électricité était global, comprenant tant celui de l’énergie proprement dite que celui de l’utilisation et de l’aménagement du réseau électrique (tarifs « *all-in* »). Les autres relations juridiques relevaient du droit privé et reposaient sur

---

1 La Suisse présente un nombre important d’exploitants de réseaux locaux, avoisinant 700. MÜLLER (2016) p. 67 ; ROBERT-NICOUD (2018) n° 11.

2 Art. 6 al. 2 de la loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l’énergie (LEne, RS 730.0). Voir également Message LApEl, FF 2005 1493, 1498.

3 ATF 105/1979 II 234 ; ATF 138/2012 I 454, 462 s., c. 3.6.2 avec les références citées ; ATF 137/2010 I 120. Voir en doctrine JAGMETTI (2005) n° 6408 ss ; WEBER/KRATZ (2005) p. 257.

une base contractuelle<sup>4</sup>. Ce modèle économique était caractérisé par une forte intégration verticale des activités de production, de transport et de distribution, ainsi que par un monopole des gestionnaires de réseau – pour le moins naturel, parfois de droit et de fait<sup>5</sup>. Dans ces circonstances, la liberté du consommateur était réduite – si ce n’est inexistante – alors que la sécurité de l’approvisionnement ne pouvait être pleinement garantie.

Après le refus en votation populaire de loi sur le marché de l’électricité (LME) en septembre 2002<sup>6</sup>, il apparaissait que les conditions-cadres de l’approvisionnement en électricité en Suisse ne correspondaient plus aux exigences légales et à la situation du marché de l’énergie en Europe<sup>7</sup>. Dans un arrêt du 17 juin 2003, le Tribunal fédéral a admis que la législation sur les cartels s’applique au secteur de l’électricité – en particulier s’agissant du droit d’accès au réseau. En substance, la recourante, une entreprise productrice et gestionnaire de réseau, s’est vue contrainte d’acheminer à l’un de ses clients le courant d’un producteur tiers<sup>8</sup>.

L’adoption de la loi fédérale du 23 mars 2007 sur l’approvisionnement en électricité (LApEl)<sup>9</sup>, en date du 1<sup>er</sup> janvier 2008, avait pour objectif d’assurer la sécurité de l’approvisionnement y compris dans un contexte libéralisé, avec une sécurité juridique pour les investissements. Elle devait amener la transparence dans les prix de l’électricité, ainsi qu’un libre accès aux informations<sup>10</sup>. La méthode du prix global a été en ce sens abandonnée au profit de prix distinguant les taxes ainsi que les tarifs de transport, de distribution et d’achat d’énergie – cette approche supposant une comptabilité analytique des opérateurs<sup>11</sup>. Le marché est en outre régulé par une autorité indépendante chargée de veiller au respect de la LApEl et de la LEnE: la Commission fédérale de l’électricité (El-Com). Force est toutefois de constater que le régime juridique instauré

---

4 POLTIER (2020) n° 721.

5 POLTIER (2020) nos 620-622.

6 Message LME, FF 1999 6646.

7 Message LApEl, FF 2005 1493, 1499 ss.

8 ATF 129/2003 II 497.

9 RS 734.7.

10 Message LApEl, FF 2005 1493, 1500.

11 Art. 12 LApEl.

par la LApEl et son ordonnance reste passablement hermétique et difficilement accessible à la majeure partie des consommateurs ordinaires. Que l'on songe à la détermination du tarif de l'électricité qui, pour être équitable, transparente et uniforme, devient illisible pour la plupart des ménages découvrant leur facture; le principe même du mode de calcul n'a été que récemment consacré par la jurisprudence<sup>12</sup>. Indéterminée à de nombreux égards, la LApEl confère un important pouvoir d'appréciation aux autorités et aux délégataires de tâches publiques que sont les entreprises électriques; la marge de manœuvre qui en découle n'en reste pas moins incertaine et encore largement à circonscrire par l'autorité de régulation et le droit prétorien. Le texte légal débouche ainsi sur une insécurité juridique manifeste et d'importantes difficultés d'interprétation; certains auteurs évoquent à ce titre un faux-pas légistique ou une navigation à l'aveugle<sup>13</sup>.

La qualification des relations juridiques qui se nouent entre opérateurs et entre opérateurs et clients finaux n'échappe pas à cette insécurité juridique. La LApEl n'apporte pas de réponse claire à cette question fondamentale qui influe directement sur le règlement des litiges en matière d'électricité; elle paraît laisser, en la matière, une large marge de manœuvre aux agents du marché de l'électricité. Compte tenu de la diversité des relations et de la participation à l'approvisionnement électrique d'établissements et de corporations de droit public, voire de délégataires de droit privé, le problème apparaît d'autant plus épineux<sup>14</sup> et à aborder de manière systématique et rigoureuse. Dans ce contexte se pose avec une acuité particulière la question de la place laissée par le législateur aux instruments contractuels, dans le domaine de l'approvisionnement en électricité.

Pour y répondre, notamment s'agissant des relations tissées par les consommateurs finaux, il convient préalablement de développer plus avant les caractéristiques du marché de l'électricité en Suisse (II) et d'identifier les relations juridiques pertinentes dans le système complexe instauré par la législation sur l'approvisionnement en électricité (III).

---

<sup>12</sup> Arrêt TF 2C\_828/2019 du 16 juillet 2020. Voir également ATF 142/2016 II 451, 474 s., c. 5.2.7.3 pour un premier arrêt en la matière.

<sup>13</sup> Respectivement FÖHSE (2015) p. 135 et FÖHSE (2018) p. 1245.

<sup>14</sup> POLTIER qualifie le problème de « diabolique » (note à propos de l'ATF 142/2016 II 451 dans RDAF 2017 I 443, p. 445).

Sur cette base, la présente contribution propose de qualifier les relations ainsi identifiées et d'évaluer la légalité du procédé contractuel, en faisant reposer son examen sur les principes du droit administratif général (IV).

## II. Les caractéristiques du marché de l'électricité

En adoptant la LApEl, le législateur visait à instaurer un véritable marché de l'électricité. Pour que celui-ci puisse réellement fonctionner selon les règles de l'offre et de la demande, il a néanmoins fallu lever l'obstacle du monopole naturel et historique des gestionnaires de réseau (A) et engager un processus de libéralisation. La première étape de celle-ci conduit à la coexistence de deux régimes juridiques, l'un soumis aux règles du droit d'accès et l'autre bénéficiant de l'approvisionnement de base (B). De surcroît, le marché de l'électricité est soumis à la surveillance et la régulation indépendante de l'ElCom (C).

### A. La prise en compte du monopole naturel des gestionnaires de réseau

#### 1. *Le dégroupage des services électriques*

Dans le modèle antérieur à la LApEl, chaque consommateur était juridiquement et physiquement lié à un gestionnaire de réseau, lequel l'approvisionnait en électricité grâce aux installations de transport et de distribution (lignes électriques) qui lui appartenait. L'entreprise électrique disposait ainsi d'un monopole naturel excluant l'intervention d'autres exploitants de réseau et une concurrence dans ce domaine. Ce monopole perdure avec le nouveau régime dès lors que les coûts d'aménagement d'un nouveau réseau de distribution sont si importants qu'ils rendent quasiment impossible l'intrusion de nouveaux concurrents.

Le législateur a dû composer avec le monopole naturel des distributeurs en veillant à ce qu'il ne puisse pas contrecarrer la libéralisation du marché de l'électricité ou entraver l'approvisionnement en électricité de tous les consommateurs finaux. La LApEl a ainsi instauré un marché de l'électricité qui n'est viable qu'avec l'intervention de l'Etat<sup>15</sup>. Le premier obstacle consiste à annuler les effets économiquement néfastes de la concentration des différentes activités de production, de transport et de

---

<sup>15</sup> FÖHSE (2015) p. 129.

distribution au sein d'un même opérateur. En substance, il s'agit d'empêcher les conflits d'intérêts que pourrait avoir un producteur/gestionnaire de réseau entre sa tâche publique de distribution à la faveur de la sécurité de l'approvisionnement et son intérêt privé à fournir sa propre énergie en utilisant sa position dominante en tant que détenteur de l'installation de distribution.

Afin que le marché de l'électricité puisse fonctionner normalement et sans discrimination<sup>16</sup>, il est indispensable de le soumettre à une régulation spécifique garantissant la dissociation des activités de production, de transport et de distribution d'énergie. On parle de dégroupage des services électriques (*unbundling*, *Entflechtung*) et de séparation des activités relevant du marché des autres activités<sup>17</sup>. Le dégroupage emprunte deux voies. D'une part, l'activité de transport fait l'objet d'un dégroupage juridique qui a conduit à la création de la Société nationale de transport Swissgrid SA (art. 18 ss LApEl). Celle-ci exploite en monopole (de droit) le réseau national de transport à très haute tension (220 kV et 380 kV); elle l'a acquis auprès des opérateurs électriques qui les détenait avant l'entrée en vigueur de la LApEl, pour en être actuellement propriétaire (art. 18 al. 2 LApEl). D'autre part, les activités de production et de distribution doivent être dissociées pour le moins comptablement; les subventions croisées entre elles sont en particulier proscrites par l'article 10 al. 1 et 3 LApEl<sup>18</sup>.

## 2. *L'existence d'un monopole de droit sur la distribution d'électricité?*

Le monopole naturel sur la distribution d'électricité était parfois complété par un monopole de droit des sociétés électriques. Avec l'entrée en vigueur de la LApEl, l'existence d'un monopole de droit sur la distribution d'électricité fait débat. Certains auteurs ont tendance à l'admettre sur la base du droit fédéral, pour l'approvisionnement de base<sup>19</sup>. Selon eux, l'obligation d'approvisionner emporte le droit exclusif de fournir l'électricité du réseau. En ce sens le monopole du gestionnaire de réseau

---

<sup>16</sup> ATF 144/2018 III 111, 112, c. 5.1

<sup>17</sup> POLTIER (2020) n<sup>os</sup> 623 ss. Voir également ROBERT-NICOUD (2018) n<sup>os</sup> 36 ss.

<sup>18</sup> POLTIER (2020) n<sup>os</sup> 635 ss.

<sup>19</sup> ROBERT-NICOUD (2018) n<sup>os</sup> 26; FÖHSE (2015) p. 140 ss; FÖHSE (2018) p. 1237.

ne découle pas d'une concession de fourniture (de service public), mais de l'attribution des zones de desserte prévue à l'article 5 al. 1 LApEl.

Le Tribunal fédéral est d'avis, au contraire, que la LApEl ne prévoit pas de monopole de droit<sup>20</sup>; il n'exclut toutefois pas qu'un tel monopole puisse exister sur la base du droit cantonal, dans le cadre de l'octroi des zones de desserte<sup>21</sup>. L'argument de la Cour fédérale est double. En premier lieu, les articles 5 al. 2 et 6 LApEl imposent une obligation de fourniture de la part du gestionnaire de réseau, mais pas un monopole sur la fourniture. Les consommateurs captifs ne sont légalement pas obligés d'acheter leur électricité auprès du gestionnaire de réseau de leur zone de desserte; dans la mesure où ils peuvent acquérir de l'électricité ailleurs, même sans disposer de raccordement au réseau, il n'existe aucune base légale qui leur interdirait de le faire. Les consommateurs éligibles peuvent, quant à eux, s'adresser à un fournisseur tiers en se prévalant de leur droit d'accès (art. 13 al. 1 LApEl). De surcroît, les consommateurs peuvent recourir à la consommation propre (art. 16 à 18 LEnE). En second lieu, une atteinte grave à la liberté économique requiert une base légale formelle; la LApEl apparaît insuffisante à ce titre.

La divergence repose au premier chef sur la question de savoir si l'activité économique de fourniture d'électricité est exclusivement réservée au gestionnaire de réseau dans sa zone de desserte ou si les consommateurs peuvent se fournir sans avoir recours aux services du gestionnaire en question. Dit autrement, l'article 5 LApEl institue-t-il une obligation de se fournir auprès de son gestionnaire de réseau désigné par le canton (monopole de droit indirect)<sup>22</sup> ?

---

20 ATF 141/2015 II 141, 151 ss, c. 4 et 5.1. Voir à propos de cet arrêt POLTIER (2020) n° 651.

21 La question est pour le moins laissée ouverte par le Tribunal fédéral. ATF 141/2015 II 141, 152 s., c. 4.4. Voir également Arrêt TF 2C\_339/2017 du 24 mai 2018, c. 1.2.2; Arrêts TF 2C\_12, 13/2016 du 16 août 2016, c. 3.3.2. A suivre l'argumentation avancée par le Tribunal fédéral afin d'exclure l'existence d'un monopole de droit fédéral, on ne perçoit pas comment un monopole de droit cantonal sur la fourniture d'électricité pourrait être admis. En vertu de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 Cst.), le droit cantonal ne peut notamment pas empêcher la consommation propre prévue aux art. 16 à 18 LEnE ou l'approvisionnement auprès de tiers pour les consommateurs éligibles disposant du droit d'accès; il ne saurait ainsi contraindre les consommateurs – quels qu'ils soient – à un approvisionnement exclusif auprès du gestionnaire de réseau de leur zone de desserte.

22 A ce propos MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 156.

S'agissant de l'approvisionnement de base, bien que la possibilité soit largement hypothétique<sup>23</sup>, hors de la consommation propre, le consommateur n'est légalement pas contraint de soutirer l'électricité auprès de son gestionnaire de réseau. L'attribution de zones de desserte se comporte comme une délégation de tâche publique de nature économique<sup>24</sup>. En pratique, il apparaît que les clients captifs échouent en principe à satisfaire à l'ensemble de leurs besoins par leurs seuls moyens propres; ils doivent en principe soutirer une part au moins de leur électricité sur le réseau de distribution étatique en bénéficiant d'un raccordement; le cas échéant, ils n'ont pas le choix de leur fournisseur. Partant, il faut en déduire que la livraison d'électricité fait l'objet d'un monopole de droit public, tant à propos de sa distribution en vertu de l'article 5 LApEl que du transport avec l'article 18 LApEl<sup>25</sup>.

## B. La libéralisation partielle du marché de l'électricité

La libéralisation du marché de l'électricité découle de l'adoption de la LApEl. Elle prévoit une ouverture à la concurrence en deux étapes, la première ayant été franchie à l'article 6 LApEl. En découlent deux régimes juridiques différents selon la qualité du consommateur<sup>26</sup>.

L'ouverture du marché est garantie en faveur des consommateurs dits « éligibles », dont la consommation excède annuellement 100 MWh par site de consommation (art. 6 al. 2 LApEl). Ceux-ci sont libres d'acquérir de l'électricité auprès du fournisseur de leur choix. En contrepartie, ils disposent d'un droit d'accès au réseau (*regulated third party access*) en vertu des articles 6 al. 6 et 13 LApEl. Dans cette situation, la régulation porte uniquement sur le raccordement et l'utilisation du réseau électrique.

---

<sup>23</sup> Le Tribunal fédéral l'admet explicitement. ATF 141/2015 II 141, 152 s., c. 4.4.

<sup>24</sup> ATF 141/2015 II 141, 160, c. 7.

<sup>25</sup> Dans le même sens, POLTIER (2020) n° 739; FÖHSE (2015) p. 141, avec le raisonnement tiré de l'ATF 125/1999 II 508.

<sup>26</sup> Arrêt TF 2C\_828/2019 du 16 juillet 2020, c. 6.6. Voir également POLTIER (2020) n°s 623 ss.

Afin de répondre aux préoccupations de la population qui avaient conduit au rejet du projet de LME dans les urnes<sup>27</sup>, les autres consommateurs ainsi que les consommateurs éligibles qui renoncent à leur droit d'accès bénéficient des garanties relatives à l'approvisionnement de base. Ce dernier recouvre en particulier le droit du consommateur final de se connecter au réseau électrique à des prix raisonnables<sup>28</sup>. Est ainsi ancrée dans la loi une forme de service public<sup>29</sup> garantissant la fourniture électrique de tous les ménages raccordés au réseau de distribution – pour lesquels l'accès au marché libre ne présente pas un intérêt évident<sup>30</sup>. Dans ce contexte, le marché n'est pas ouvert et la régulation et porte tant sur le raccordement au réseau et son utilisation que sur l'acquisition de l'énergie. En tant qu'exploitants du réseau au sens de l'article 5 LApEl, les gestionnaires de réseau de distribution sont tenus, par la loi, de veiller au raccordement des consommateurs « captifs » dans leur zone de desserte et de leur fournir l'électricité à des tarifs équitables et uniformes (art. 6 al. 1 et 2 LApEl)<sup>31</sup>.

Le 3 avril 2020, le Conseil fédéral a décidé de proposer à l'Assemblée fédérale l'ouverture complète du marché de l'électricité à tous les clients (deuxième étape, initialement prévue à l'art. 7 LApEl). Elle est une condition de base à un accord sur l'électricité avec l'Union européenne<sup>32</sup> et permettrait d'assurer une égalité de traitement des producteurs et consommateurs, ainsi qu'une meilleure intégration des énergies renouvelables sur le marché<sup>33</sup>. Le 18 juin 2021, le Conseil fédéral a adopté le message concernant la loi fédérale relative à un approvisionnement

---

27 Le refus du texte a été attribué à une ouverture du marché qui ne prenait pas suffisamment en considération les intérêts des ménages. Voir à propos de ce projet de loi FELLEY/ROBERT-NICOUD (2002) p. 165 ss.

28 Message LApEl, FF 2005 1493, 1501.

29 Le service public regroupe les tâches publiques qui consistent en la fourniture de prestations concrètes à la population; ces prestations sont concrètes et destinées à satisfaire simultanément des intérêts particuliers et la réalisation d'un intérêt public. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 474-475.

30 POLTIER (2020) n° 649; WEBER/KRATZ (2005) § 4 n° 53, § 8 n° 196.

31 *Infra* IV.D.2. Voir également *Infra* IV.E.2, s'agissant des consommateurs éligibles.

32 <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/fr/home/detec/medias/communiqués-de-presse/msg-id-68557.html>> (consulté le 20 juillet 2021).

33 DETEC (2019) p. 8; CONSEIL FÉDÉRAL (2018), p. 29.

en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables<sup>34</sup>. Ce projet comprend la révision simultanée de la LENE et de la LAPeL de sorte à renforcer le développement des énergies renouvelables indigènes et la sécurité de l’approvisionnement de la Suisse, en particulier durant l’hiver<sup>35</sup>. Il prévoit également l’ouverture complète du marché de l’électricité, en particulier dans le but de renforcer la production décentralisée d’électricité renouvelable. Selon les intentions du gouvernement, à l’avenir, les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est inférieure à 100 MWh par site de consommation devront pouvoir également rejoindre le marché libre et exercer leur droit d’accès. Ils auront toutefois « le droit » de rester dans l’approvisionnement de base avec des tarifs régulés ou d’y revenir s’ils ne font plus usage de leur droit d’accès; en ces cas, les gestionnaires de réseau devront leur fournir par défaut un produit électrique basé exclusivement sur l’utilisation d’énergie indigène issue de sources renouvelables (produit électrique standard)<sup>36</sup>. La preuve de la provenance et de la qualité de l’électricité devra être fournie par le biais de garanties d’origines (GO) selon l’article 9 LENE<sup>37</sup>. Les consommateurs finaux dont la consommation excède annuellement 100 MWh seront quant à eux tenus d’intégrer le marché libre. Dans la situation où un consommateur final exerçant son droit d’accès n’est plus approvisionné par son fournisseur ou n’a pas choisi un fournisseur en temps utile à l’issue de l’accord de fourniture, le gestionnaire de réseau de sa zone de desserte doit lui assurer en dernier recours un « approvisionnement de remplacement », lequel n’est pas tenu par les tarifs de l’approvisionnement de base<sup>38</sup>.

---

34 OFEN (2020a). Un avant-projet de révision de la LAPeL, ouvert à la consultation le 17 octobre 2018, visait déjà l’ouverture complète du marché de l’électricité. DETEC (2019) p. 8 ss. Voir également <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-72549.html>> (consulté le 20 juillet 2021).

35 Voir <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/fr/home/detec/medias/communiques-de-presse.msg-id-84018.html>> (consulté le 20 juillet 2021).

36 Art. 6 al. 1 et 2 du projet de révision de la LAPeL. Cet article constitue le cœur de l’ouverture du marché de l’électricité. Il présente quelques modifications rédactionnelles par rapport à l’art. 7 de la LAPeL de 2008, lequel n’est pas entré en vigueur.

37 CONSEIL FÉDÉRAL (2021), p. 82.

38 Art. 7 du projet de révision de la LAPeL. L’approvisionnement de remplacement concerne l’ensemble des consommateurs finaux, même si leur consommation annuelle dépasse 100 MWh. Il s’agit d’une solution de dernier recours qui n’est pas obligatoire. Voir à ce propos CONSEIL FÉDÉRAL (2021), p. 84.

### C. La régulation du marché par l'ElCom

La régulation du marché électrique est confiée, en Suisse, à l'ElCom en tant qu'autorité indépendante. Les attributions de celle-ci sont très étendues et concernent aussi bien des prérogatives propres à une autorité de surveillance que des compétences de règlement des litiges<sup>39</sup>.

L'article 22 al. 1 LApEl confie à l'ElCom le mandat général de veiller au respect des dispositions de la loi. Cette tâche s'étend à l'ensemble des domaines régulés, en particulier en matière de tarifs de l'électricité, qu'il s'agisse de l'utilisation du réseau (*Netznutzungsentgelte*) ou de la rémunération de l'énergie. L'ElCom ne bénéficie toutefois pas du pouvoir d'approbation en la matière; elle ne peut intervenir qu'*a posteriori*, d'office ou sur dénonciation<sup>40</sup>.

En vertu de l'article 22 al. 2 let. a LApEl, l'ElCom statue en première instance sur les litiges en matière d'accès au réseau pour les clients éligibles, de conditions d'utilisation du réseau ou d'application des tarifs de l'utilisation du réseau pour l'ensemble des consommateurs, ainsi que de la rémunération de l'électricité dans le cadre de l'approvisionnement de base<sup>41</sup>. Elle statue par voie de décisions, celles-ci pouvant faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral (art. 23 LApEl)<sup>42</sup>. Le pouvoir d'examen de l'ElCom est limité à la légalité; elle ne peut intervenir dans la marge d'appréciation du gestionnaire de réseau<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Arrêt TF 2C\_109, 115/2020 du 7 octobre 2020, c. 4.1.1.

<sup>40</sup> ATF 137/2011 III 522, 526 ss, c. 1.5; ATF 142/2016 II 451, 460 s., c. 3.6.1; Arrêt TF 2C\_828/2019 du 16 juillet 2020, c. 3.1; Arrêt TF 2C\_109, 115/2020 du 7 octobre 2020, c. 4.1.1.

<sup>41</sup> La compétence du juge civil est ainsi exclue en la matière. ATF 142/2016 II 451, 462, c. 3.6.2 (prix de l'électricité); Arrêt TF 2C\_113/2016 du 16 août 2016 (accès au réseau).

<sup>42</sup> WYSS, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 22 LApEl n° 7.

<sup>43</sup> ATF 142/2016 II 451, 466, c. 4.5.2; Arrêt TF 2C\_109, 115/2020 du 7 octobre 2020, c. 4.1.1.

### III. L’approvisionnement électrique, un enchevêtrement d’activités et de relations juridiques

#### A. Le principe de la sécurité de l’approvisionnement

L’approvisionnement en énergie est défini à l’article 6 al. 1 LEne. Il comprend un nombre considérable d’activités et de services permettant de mettre en relation le consommateur (demande) et le producteur (offre), respectivement dans le cadre de l’approvisionnement de base ou d’un marché de l’électricité axé sur la concurrence. Schématiquement, ces différents services peuvent être regroupés en quatre catégories évoquant les étapes fondamentales de l’approvisionnement : la production ; le transport à très haute tension sur le réseau national ; la distribution à haute, moyenne et basse tension sur le réseau régional et local<sup>44</sup> ; la fourniture aux consommateurs, autrement dit la mise à disposition effective de l’électricité dont ils ont besoin. Compte tenu de la structure actuelle du marché de l’électricité, chacune des étapes de l’approvisionnement implique différents acteurs qui font partie d’une chaîne complexe de relations économiques et juridiques.

Le consommateur final, qu’il soit captif ou éligible, constitue le dernier maillon de la chaîne de l’approvisionnement électrique ; il n’en constitue pas moins le centre de gravité en tant que la satisfaction de ses besoins en énergie constitue le moteur et la finalité de l’approvisionnement. A ce titre, l’article 89 al. 1 de la Cst.<sup>45</sup> pose comme principe directeur et objectif de la politique énergétique suisse la sécurité de l’approvisionnement<sup>46</sup>. La Confédération et les cantons sont appelés à mettre en œuvre

---

<sup>44</sup> Le réseau électrique comporte sept niveaux. Le premier niveau désigne le transport assuré par Swissgrid sur le réseau national à très haute tension. Les niveaux 3, 5 et 7 comprennent la distribution respectivement à haute, moyenne et basse tension. Les niveaux 2, 4 et 6 désignent les niveaux de transformation de la tension électrique. Voir à ce propos <<https://www.swissgrid.ch/fr/home/operation/power-grid/grid-levels.html>> (consulté le 20 juillet 2021). Voir également MÜLLER (2016) p. 67.

<sup>45</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

<sup>46</sup> Voir l’art. 7 al. 1 LEne, à propos des « principes directeurs » de l’approvisionnement énergétique. La sécurité de l’approvisionnement est rappelée aux art. 1 al. 1 LEne et 1 al. 1 LApEl ; le cadre de sa mise en œuvre figure aux art. 5 à 9e LApEl. Dans l’Union européenne, le marché intérieur de l’électricité a également pour finalité de contribuer à un niveau élevé de sécurité de l’approvisionnement, tout en assurant des prix et des coûts énergétiques abordables et transparents aux consommateurs (par. 2 et art. premier de la directive [UE] 2019/944 du Parlement européen et du

conjointement cet intérêt public de portée nationale<sup>47</sup>, lequel implique d'assurer un approvisionnement énergétique quantitativement « suffisant », qualitativement « diversifié » et « sûr », mais également « économiquement optimal et respectueux de l'environnement ».

La promotion d'un approvisionnement en quantité et qualité suffisantes doit permettre de garantir en tout temps la satisfaction des besoins en énergie de la population. En substance, il s'agit, sur le plan technique, de prévenir tout *blackout* électrique<sup>48</sup> en disposant de capacités énergétiques suffisantes, d'une tension du réseau stable et de réseaux adaptés et sûrs. De surcroît, il s'agit de garantir du point de vue économique l'accès des ménages à l'électricité, par la pratique de « tarifs équitables » (*angemessenen Tarifen*, art. 6 al. 1 LApEl)<sup>49</sup> – ces derniers devant également contribuer à préserver la capacité économique de production et de transport des entreprises électriques. Bien que l'article constitutionnel ne l'indique pas expressément, le principe de la sécurité de l'approvisionnement apparaît ainsi comme le corollaire du droit sous-jacent dont bénéficient les consommateurs finaux à la fourniture en électricité selon leurs besoins. En clair, la branche électrique doit garantir la sécurité de l'approvisionnement en veillant à satisfaire en tout temps aux besoins en électricité de la population; la sécurité et la garantie de l'approvisionnement vont donc de pair<sup>50</sup>. Ces principes ne font toutefois pas obstacle à l'infléchissement, voire la réduction, des besoins des consommateurs – par des mesures d'économie d'énergie et d'efficacité énergétique à la faveur d'une « consommation économe et rationnelle de l'énergie » (art. 89 al. 1 Cst.).

---

Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité).

47 Art. 15d de la loi fédérale du 24 juin 1902 sur les installations électriques (LIE, RS 734.0): « L'approvisionnement en énergie électrique revêt un intérêt national. »

48 Le *blackout* est une panne d'électricité de grande envergure touchant un très grand nombre de personnes. AES (2020) p. 1.

49 Voir à ce propos Message LApEl, FF 2005 1493, 1501-1502. Le Conseil fédéral précise que la sécurité de l'approvisionnement est garantie si la quantité d'énergie demandée est disponible en tout temps dans l'ensemble du réseau électrique au niveau de qualité requis et à des prix équitables.

50 A cet égard, le titre du Ch. 2 de la LApEl est intitulé « Garantie et sécurité de l'approvisionnement ».

Le principe de la sécurité de l’approvisionnement découle de la volonté du Constituant d’assurer « un ravitaillement énergétique » qui soit suffisant<sup>51</sup>. Il est consacré par le législateur dans l’obligation de fournir les consommateurs finaux formulée aux articles 1 al. 2 let. a LEne et 6 al. 1 LApEl. Cette obligation n’est pas dénuée d’influence sur les relations juridiques nouées par les consommateurs finaux. Les droits que ceux-ci peuvent en tirer leur permettent de prétendre à la livraison en électricité en tout temps, plus concrètement d’être branchés au réseau afin de soutenir la quantité et la qualité d’énergie qu’ils désirent, à des prix respectant l’équité (s’agissant de l’approvisionnement de base pour cette dernière exigence). Bien que disposant d’une certaine marge de manœuvre, les autres agents économiques et au premier chef les gestionnaires de réseau ne sont dès lors pas entièrement libres sur un marché de l’électricité fortement régulé – ni quant aux clients avec qui entrer en relation, ni quant au contenu proprement dit de la relation. Cette réserve est susceptible d’influer sur un éventuel procédé contractuel, lorsque la place laissée à la volonté des agents économiques se trouve *de lege* restreinte ou exclue par l’obligation de fournir l’électricité.

## B. Le caractère systémique de l’approvisionnement en électricité

Le principe de la sécurité de l’approvisionnement implique *in fine* que les consommateurs puissent disposer de l’électricité dont ils ont besoin; ce dénouement suppose en toute logique que l’énergie produite en Suisse ou à l’étranger puisse être matériellement acheminée jusqu’aux clients finaux, au travers de la chaîne des services caractérisant l’approvisionnement en électricité. La fourniture proprement dite d’électrons n’est possible que si le producteur comme le consommateur peuvent se raccorder et utiliser le réseau électrique.

Il existe ainsi un lien *de facto*<sup>52</sup> entre les différentes activités caractérisant l’approvisionnement en électricité qui en fait un véritable système de services coordonnés entre eux. Dans l’approvisionnement de base, le raccordement au réseau et son utilisation sont indéfectiblement liés à la fourniture d’électricité. Le client captif à qui une certaine quantité d’énergie doit être fournie (art. 6 al. 1 LApEl) doit pouvoir être raccordé au

---

<sup>51</sup> Message Cst., FF 1997 I 1, 271.

<sup>52</sup> Arrêt TF 2C\_12, 13/2016 du 16 août 2016, c. 3.3.3 et 3.4.

réseau de distribution (art. 5 al. 2 à 5 LApEl). S'agissant des consommateurs éligibles, le libre choix du producteur ne doit pas faire obstacle à la fourniture garantie à l'article 6 al. 1 LApEl également. Pour cela, ils disposent d'un « droit d'accès » leur assurant l'utilisation du réseau, indépendamment de la provenance de l'électricité à acheminer (art. 13 al. 1 LApEl)<sup>53</sup>.

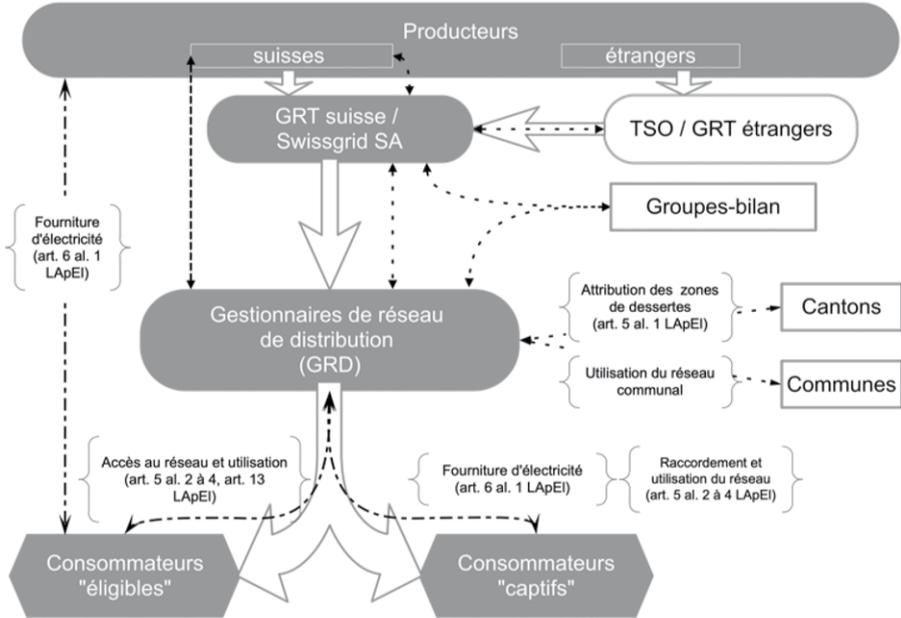


Figure 1: Schéma simplifié de l'approvisionnement en électricité; les flèches pleines présentent le flux d'énergie, les flèches en traits tillés les relations juridiques nouées.

Le système de l'approvisionnement électrique ne se limite pas aux services de la seule fourniture, mais s'étend à l'ensemble des activités et des acteurs de l'approvisionnement en électricité. En particulier, le contrôle de l'exploitation du réseau doit être coordonné avec l'injection et le

<sup>53</sup> Le droit d'accès concerne l'ensemble des acteurs du marché de l'électricité, à l'exception des consommateurs captifs (art. 6 al. 6 LApEl) : les consommateurs éligibles, les sociétés de fourniture d'électricité, les producteurs d'électricité ou encore les sociétés de négoce. Arrêt TF 2C\_12, 13/2016 du 16 août 2016, c. 3.3.3. Voir en doctrine BALTHAZAR (2007) p. 37; WALDNER (2010) p. 1316. Voir également Message LApEl, FF 2005 1493, 1535.

soutirage d'électricité<sup>54</sup>. L'approvisionnement de la Suisse ne peut être assuré que si l'exploitation du réseau de transport et de distribution est non discriminatoire, fiable et performante (art. 20 al. 1 LApEl). En particulier, la stabilité du réseau électrique représente une fonction indispensable à l'approvisionnement électrique<sup>55</sup>. Elle exige qu'il y ait toujours autant d'électricité injectée dans le réseau que d'électricité soutirée et qu'une fréquence de 50 Hz soit garantie en tout temps sur le réseau. La société nationale de transport doit y pourvoir. Swissgrid est alors chargée de gérer l'unique zone de réglage de Suisse en assumant la gestion des bilans d'ajustement du réseau; il lui incombe à ce titre de mettre à disposition des énergies de réglages<sup>56</sup> ou d'acquérir les capacités de transport requises. Il lui appartient de surcroît de régler la collaboration entre les exploitants de centrales électriques, les gestionnaires de réseau ainsi que les autres parties concernées – y compris les gestionnaires de transport (TSO/GRT) étrangers (art 20 al. 2 LApEl).

Un approvisionnement sûr et suffisant dépend du fonctionnement effectif du système constitué par les divers services électriques et par conséquent des relations qui unissent à chaque étape les différents opérateurs du marché de l'électricité. A cet égard, le choix de l'instrument juridique opéré par le législateur et les acteurs du marché électrique pour nouer juridiquement entre eux les maillons de la chaîne d'approvisionnement ne peut ignorer l'objectif d'efficacité du système dans sa globalité et le but d'intérêt public que représentent la garantie et la sécurité de l'approvisionnement.

---

<sup>54</sup> Arrêt TF 2C\_12, 13/2016 du 16 août 2016, c. 3.4. Voir en doctrine FÖHSE (2014) p. 14 ss; WALDNER (2010) p. 1316.

<sup>55</sup> WALDNER (2010) p. 1313 ss. Cet auteur mentionne trois fonctions indispensables de l'approvisionnement: la fourniture d'électricité, l'exploitation du réseau et l'équilibrage du système.

<sup>56</sup> L'énergie de réglage désigne une réserve que les centrales électriques tiennent à disposition pour le compte de Swissgrid. En cas de déséquilibre entre production et consommation, elle est utilisée pour garantir la stabilité du réseau. Voir à ce propos SWISSGRID (2020).

#### IV. Portée et limites de la contractualisation dans le domaine de l’approvisionnement en électricité

A suivre les termes utilisés par le Tribunal fédéral dans plusieurs arrêts ainsi que par une partie de la doctrine, les relations juridiques qui caractérisent la fourniture d’électricité reposent sur des contrats (*Verträge/ Vereinbarungen*), associés parfois à une obligation de contracter (*Kontrahierungspflicht/Kontrahierungszwang*)<sup>57</sup>. La présente contribution s’attache à examiner de manière critique la nature juridique de ces « contrats », à la lueur notamment de la jurisprudence récente. Avec l’adoption de la LApEL le 1<sup>er</sup> janvier 2008, la fourniture en électricité – de nature économique – est-elle le terrain privilégié de la contractualisation – spécialement en droit public; réserve-t-elle au contraire une place aux instruments juridiques unilatéraux, dans un domaine qui s’ouvre au marché mais qui reste fortement régulé ?

Avant de répondre à cette question aux multiples déclinaisons, il s’agit d’évoquer certaines implications juridiques découlant de la qualification des relations qui animent l’approvisionnement en électricité (A), puis d’exposer la méthode d’analyse reposant sur la structure et l’objet des relations (B). L’examen proprement dite de la nature des relations et des actes en cause porte, sans prétendre à l’exhaustivité, successivement sur les rapports que tissent les gestionnaires de réseau avec d’autres agents que les consommateurs finaux (C), sur l’approvisionnement de base (D) et sur les consommateurs éligibles bénéficiant du droit d’accès (E).

##### A. Les incidences de la nature des relations juridiques, quelques illustrations

La qualification juridique des rapports que nouent les acteurs de l’approvisionnement en électricité n’est pas anodine dans ses effets, tout particulièrement lorsque sont mis en relation les gestionnaires de réseau et les consommateurs finaux. Notamment, dans le cadre de la mise en

<sup>57</sup> ATF 144/2018 III 111, 114 ss, c. 5.2; ATF 137/2010 I 120, 124 s., c. 5.3; Arrêt TF 2C\_12, 13/2016 du 16 août 2016, c. 3.3.3; Arrêt TF 4A\_582/2014 du 17 avril 2015, c. 2.3. Voir en doctrine SCHOLL (2015) p. 518. Cette auteure évoque trois « contrats » : le contrat de raccordement au réseau (*Netzanschlussvertrag*), le contrat d’utilisation du réseau (*Netznutzungsvertrag*) et le contrat de livraison (*Stromlieferungsvertrag*). Voir également BALTHAZAR (2007) p. 58 ss; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 491.

œuvre d'une tâche publique, les usagers bénéficient de la protection de leurs droits fondamentaux (art. 35 al. 2 Cst.); en substance, l'approvisionnement en électricité est tenu au respect des principes d'égalité de traitement et de prohibition de l'arbitraire<sup>58</sup>.

La nature d'un acte de l'autorité conditionne celle du contrôle juridictionnel auquel il peut être exposé. En matière de contentieux<sup>59</sup>, le caractère unilatéral de la relation ouvre la voie du recours en présence d'un acte attaquant et la soumet aux garanties constitutionnelles de procédure, notamment le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.)<sup>60</sup>; cette question se pose avec une acuité particulière s'agissant de la facture d'électricité. A propos de cette dernière encore, la qualification de la relation nouée entre le consommateur final et le gestionnaire de réseau influe directement sur le mode de recouvrement des créances. En présence d'une décision rendue par une autorité administrative suisse, le créancier peut requérir du juge la mainlevée définitive de l'opposition en vertu de l'article 80 al. 2 ch. 2 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et faillite (LP<sup>61</sup>). En revanche, dans une relation contractuelle, le créancier doit faire reconnaître son droit par le juge civil ou administratif par voie d'action, afin d'écarter l'opposition et obtenir la mainlevée définitive (art. 79 et 80 al. 1 LP).

Outre la justiciabilité des actes des gestionnaires de réseau de distribution, on peut songer à la qualification des « conditions » édictées par ceux-ci, pour la fourniture d'électricité aux consommateurs captifs ou pour l'utilisation du réseau<sup>62</sup>. En présence d'une relation unilatérale, il ne saurait s'agir de conditions générales en tant qu'elles désignent des dispositions contractuelles préformulées; cet instrument est pour le moins inadapté<sup>63</sup>. Dès lors qu'elles entraînent des conséquences juri-

---

<sup>58</sup> ATF 137/2010 I 120, 124 s., c. 5.3.

<sup>59</sup> S'agissant du contentieux en matière d'énergie, voir POLTIER (2020) n<sup>os</sup> 761 ss.

<sup>60</sup> Dans la relation contractuelle de droit administratif, il n'y a nul besoin de protection procédurale et l'autonomie de la volonté se substitue presque totalement à la légalité. MOOR/POLTIER (2011) p. 419.

<sup>61</sup> RS 281.1.

<sup>62</sup> Voir par exemple, s'agissant des SiL, <<https://www.lausanne.ch/vie-pratique/energies-et-eau/services-industriels/particuliers/je-choisis-mon-offre/electricite.html?#reglements>> (consulté le 20 juillet 2021).

<sup>63</sup> BUCHLI (2018) p. 268; FÖHSE (2018) p. 1248.

diques pour les administrés-consommateurs, en fixant notamment le début et la fin des rapports juridiques, ces conditions ne répondent pas aux critères d'une ordonnance administrative<sup>64</sup> – et des directives que peuvent édicter les GRD en vertu de l'ordonnance fédérale du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEl<sup>65</sup>). Elles présentent bien plus une structure de règles de droit.

## B. La méthode d'analyse

### 1. *Les critères de distinction*

L'analyse de la nature juridique des relations caractérisant l'approvisionnement en électricité repose sur les principes développés par le droit administratif général, lesquels permettent également de distinguer les différentes catégories d'actes juridiques de l'autorité. Préalablement, la question de savoir si un acte ou une relation doit être qualifié de « juridique » dépend des caractéristiques matérielles de l'acte, respectivement de la relation – selon des critères objectifs et indépendamment de la volonté de l'autorité ou de l'administré<sup>66</sup>. Il est question d'une décision ou d'un contrat lorsqu'un acte étatique contient des éléments qui visent à produire des effets juridiques ou constate des droits ou des devoirs individuels concrets<sup>67</sup>.

La nature d'une relation ou d'un acte juridique peut être déterminée en tranchant deux oppositions. D'une part, il s'agit de résoudre si la relation en cause est soumise au droit public (concrétisée par une décision ou un contrat de droit administratif) ou au droit privé (concrétisée par un contrat de droit privé). D'autre part, il convient de distinguer entre la relation unilatérale (caractérisée par la décision) et la relation bilatérale (caractérisée par le contrat de droit administratif ou de droit privé). La résolution de ces deux oppositions ne suppose aucun ordre particulier; le résultat de l'examen restant identique quel que soit le critère traité en premier lieu<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> A ce propos MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 421.

<sup>65</sup> RS 734.712.

<sup>66</sup> ATF 134/2008 II 297.

<sup>67</sup> ATAF 2016/4, c. 5.2.3; ATF 133/2007 II 450, 454, c. 2.1.

<sup>68</sup> MOOR/POLTIER (2011) p. 420 ss; NGUYEN (1998) p. 9 ss.

## 2. *Relation de droit public ou de droit privé*

S'agissant de la distinction entre droit privé et droit public, la doctrine a développé plusieurs méthodes dont aucune ne prime en principe les autres<sup>69</sup>. La théorie de la subordination et celle du sujet ne sont toutefois guère utiles; la première intervient davantage dans la distinction entre acte unilatéral et bilatéral alors que la seconde oublie que, lorsque l'autorité est partie à un contrat, cela ne signifie pas encore que ce contrat soit de nature administrative<sup>70</sup>. Bien plus pertinente est dès lors la théorie fondée sur la fonction de la relation ou de l'acte, son objet ou encore l'intérêt en cause<sup>71</sup>. En substance, lorsqu'un intérêt public est mis en œuvre dans le cadre de la relation juridique, celle-ci relève du droit public; dit autrement, un acte juridique ou un rapport de droit relève du droit public lorsque son objet est régi par le droit public ou lorsqu'il a pour objet l'exécution d'une tâche publique<sup>72</sup>.

Dans ce sens, le Tribunal fédéral a admis qu'un contrat relève du droit administratif lorsque son contenu tend directement à la réalisation de tâches publiques ou concerne un objet qui relève du droit public comme un équipement, une expropriation ou une subvention. Au contraire, il relève du droit privé lorsque l'Etat se dote simplement, par un achat, un contrat d'entreprise ou un mandat, des moyens pour accomplir ses tâches publiques. Il note au passage que l'attribution d'un contrat à l'un ou l'autre de ces domaines peut dans certains cas s'avérer si difficile que les deux approches apparaissent comme admissibles<sup>73</sup>.

## 3. *Relation bilatérale ou unilatérale*

Le contrat se distingue de la décision par la bilatéralité de la relation juridique. Selon la doctrine, la différence réside dans le fondement des droits et obligations résultant de l'acte en cause. Lorsque les prestations sont prédéterminées par la loi, directement en cas de compétence liée ou

---

<sup>69</sup> Voir à ce propos Arrêt TF 4A\_582/2014 du 17 avril 2015, c. 2.1.

<sup>70</sup> NGUYEN (1998) p. 15-16. Une collectivité publique est habilitée à passer des contrats de droit privé.

<sup>71</sup> POLTIER (2011) p. 146; MOOR/POLTIER (2011) p. 437.

<sup>72</sup> TANQUEREL (2018) n<sup>os</sup> 980-981; MOOR/POLTIER (2011) p. 428 ss; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 33 n<sup>os</sup> 10-13.

<sup>73</sup> ATF 134/2008 II 297, 301, c. 2.2.

indirectement en cas de compétence discrétionnaire, il est alors question d'une relation unilatérale sanctionnée par une décision. Il suffit que la loi confère à l'autorité la compétence de fixer seule les droits et les obligations des administrés. Il convient d'examiner à ce titre si la relation juridique est caractérisée par un pouvoir de puissance publique, découlant d'un régime juridique s'appliquant à tous les usagers de manière uniforme.

Lorsque les prestations dépendent, *a contrario*, de l'accord réciproque des parties, même si elles peuvent être rapportées à une norme, il s'agit d'un contrat. Tel est le cas quand les conséquences juridiques d'un acte ne peuvent découler que d'un accord mutuel – sans qu'une norme ne puisse en fournir la base légale<sup>74</sup>. Tel est également le cas lorsqu'aucune base légale ne prévoit, ni explicitement ni implicitement, de régime unilatéral ou si une norme exclut un tel régime<sup>75</sup>.

La jurisprudence admet que le contrat de droit administratif puisse remplacer la décision, si la loi correctement interprétée ne l'écarte pas. Lorsque la loi pose des règles impératives pour les administrés, sa mise en œuvre ne peut reposer que sur des décisions. Le procédé contractuel est en particulier exclu lorsque la loi met en place un système complet et cohérent assurant, par des décisions, l'intérêt public visé<sup>76</sup>. Au contraire, la voie bilatérale est admissible si le régime juridique applicable confère à l'autorité une liberté d'appréciation suffisante pour engager des prestations que la seule application de la loi ne permet pas d'imposer. En particulier, lorsque l'accomplissement d'une tâche publique n'implique pas de moyen de contrainte administrative, le procédé contractuel est le moyen de mise en œuvre<sup>77</sup>.

#### 4. *La compétence décisionnelle*

Dans l'hypothèse d'une relation unilatérale, l'accomplissement de tâches publiques suppose que l'autorité concernée dispose de la compétence de définir le régime juridique individuel et concret des administrés, par le

---

<sup>74</sup> MOOR/POLTIER (2011) p. 424 ss; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 499; TANQUEREL (2018) n° 976; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 33 n°s 4-6.

<sup>75</sup> Dans ce sens, MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 499.

<sup>76</sup> MOOR/POLTIER (2011) p. 454.

<sup>77</sup> MOOR/POLTIER (2011) p. 438 et 440.

biais de décisions. Ce n'est toutefois pas sans poser quelques difficultés en cas d'externalisation de l'exécution des tâches à des entités qui ne font pas partie de l'administration centrale, spécialement à des entités privées.

Les personnes juridiques autres que l'Etat ne sont habilitées à statuer par voie de décision que si une base légale formelle leur délègue une telle compétence; cette dernière apparaît comme un privilège et un monopole de souveraineté de la puissance publique<sup>78</sup>. Dans une affaire concernant l'exploitant de l'aéroport de Genève (établissement de droit public autonome), le Tribunal fédéral a rappelé que «la délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration peut implicitement comprendre le pouvoir décisionnel nécessaire à leur accomplissement, pour autant qu'une loi spéciale ne l'exclue pas et que l'exercice d'un tel pouvoir de décision soit indispensable à l'organisme concerné pour réaliser lesdites tâches»<sup>79</sup>. La question de savoir si la délégation d'une tâche publique inclut une compétence décisionnelle ne trouve toutefois pas forcément de réponse évidente dans la loi; il convient alors de déterminer par voie d'interprétation l'existence, l'étendue et le champ d'application précis d'une telle compétence<sup>80</sup>. Il va de soi que la délégation de la tâche publique doit elle-même reposer sur une base légale formelle suffisante<sup>81</sup>.

Certains auteurs se montrent moins exigeants et considèrent que, pour des motifs de protection juridique, la délégation de tâches publiques s'accompagne également d'un pouvoir décisionnel, dans la mesure où l'accomplissement de la tâche requiert un acte de souveraineté et où le droit matériel n'exclut pas un tel pouvoir. Selon ce point de vue, la délégation d'une tâche publique emporte les moyens juridiques de son accomplissement. Dans ce sens, bien que certaines lois prévoient une délégation de la compétence décisionnelle, ce n'est toutefois pas néces-

---

<sup>78</sup> ATF 144/2018 II 376, 378 s., c. 7.1; ATF 138/2011 II 134, 158 s., c. 5.1. Voir en doctrine MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 237 et 498-499.

<sup>79</sup> ATF 144/2018 II 376, 379, c. 7.1 et 382 s., c. 9.3. Voir également Arrêt TF 2C\_348/2015 du 23 mai 2016, c. 4.2.

<sup>80</sup> ATF 144/2018 II 376, 379, c. 7.1; ATF 137/2011 II 409, 412, c. 6.2 avec les références citées.

<sup>81</sup> MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 237-238. ATF 137/2011 II 409, 413, c. 6.3.

saire<sup>82</sup>. De la sorte, une relation qualifiée d'unilatérale devrait nécessairement s'accompagner du pouvoir décisionnel propre à assurer l'exécution des tâches publiques qui en découlent, sauf si le législateur choisit expressément de l'exclure.

La question du pouvoir décisionnel des entités délégataire de tâches publiques est particulièrement prégnante dans le domaine de l'approvisionnement en électricité. On l'a vu, l'ElCom rend les décisions nécessaires à l'exécution de la LApEl<sup>83</sup>. La surveillance et le contrôle technique des installations électriques sont délégués à l'Inspection fédérale des installations à courant fort (ESTI) en vertu de l'article 2 al. 1 de l'ordonnance fédérale du 7 décembre 1992 sur l'ESTI<sup>84</sup>. Selon l'article 9 al. 1 de l'ordonnance sur l'ESTI, l'Inspection peut édicter des interdictions et prendre « d'autres décisions ».

Plus encore, en tant qu'exploitant du réseau, les GRD doivent être considérés comme des délégataires de tâches publiques tant en ce qui concerne le raccordement de leurs clients et la fourniture en électricité des consommateurs captifs<sup>85</sup>; le droit ne leur confère expressément aucun pouvoir décisionnel en la matière<sup>86</sup>. Doit-on pour autant considérer que la relation qui les lie aux consommateurs est nécessairement bilatérale? L'examen de cette question est entrepris aux chapitres IV.D et IV.E plus bas. De manière générale, il nous paraît, si le point de vue plus strict de la jurisprudence devait être confirmé, que le caractère indispensable du pouvoir décisionnel et le principe de la base légale devraient être considérés largement et avec souplesse – au regard des besoins justifiés par l'exécution de l'ensemble des tâches publiques et des obligations qui incombent au délégataire en cause.

---

<sup>82</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 10 n° 19; GYGI (1986) p. 43. Voir également pour un avis critique de l'approche restrictive du Tribunal fédéral BUCHLI (2018) p. 270-271; FÖHSE (2015) p. 142.

<sup>83</sup> *Supra* II.C.

<sup>84</sup> RS 734.24. L'ESTI est secteur autonome d'Electrosuisse.

<sup>85</sup> ATF 141/2015 II 141, 160, c. 7. Dans cette affaire, le gestionnaire de réseau revêtait la forme d'une société anonyme de droit privé.

<sup>86</sup> JAB 2018 259, c. 3.3.

### C. Le fonctionnement sûr et fiable du réseau électrique

La garantie et la sécurité de l'approvisionnement électrique exige, du point de vue quantitatif, l'existence de capacités suffisantes de transport et de distribution sur le réseau électrique. Elles supposent également, du point de vue qualitatif, son fonctionnement sûr, stable et fiable. Afin de garantir la stabilité du réseau électrique, la Suisse a adopté un modèle de groupe-bilan, autrement dit un groupement virtuel constitué à des fins de décompte dans le cadre de la zone de réglage suisse. Le groupe-bilan est une unité de mesure et de décompte électriques<sup>87</sup>, chaque gestionnaire de réseau, producteur, fournisseur et consommateur final devant appartenir à l'un d'entre eux. Son responsable (RGB) est tenu de garantir à tout moment une situation la plus équilibrée possible entre injection et soutirage, en prélevant ou fournissant de l'énergie.

L'approvisionnement comme la garantie de la stabilité du réseau électrique dépendent directement de Swissgrid (1) et des gestionnaires de réseau de distribution (2), lesquels doivent, à cet effet, établir des processus et nouer des relations adéquates avec les différents opérateurs du marché de l'électricité. En particulier, les groupes-bilan sont amenés à passer des accords avec les gestionnaires de réseau portant sur l'échange des données de mesure; ils doivent également s'accorder avec Swissgrid s'agissant des transactions entre groupe-bilan ou avec l'étranger et d'autres zones de réglage<sup>88</sup>.

#### 1. *Swissgrid*

La stabilité du réseau électrique incombe au premier chef à Swissgrid qui gère l'ensemble du réseau de transport suisse, en assurant une surveillance permanente de l'injection et du soutirage sur le réseau électrique. En outre, la société nationale de transport assume la responsabilité de la gestion des bilans d'ajustement en fournissant des prestations qualifiées de « services-systèmes » à l'article 4 al. 2 let. g LApEl – notamment en mettant à disposition des énergies de réglage positives ou négatives

---

<sup>87</sup> Art. 4 al. 1 let. e<sup>bis</sup> LApEl. Les art. 23 et 24 OApEl fixent les principes de fonctionnement des groupes-bilan.

<sup>88</sup> SWISSGRID p. 1; WALDNER (2010) p. 1314. Voir également <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-53040.html>> (consulté le 20 juillet 2020).

(art. 20 al. 2 let. a à c LApEl). L'exécution de cette tâche publique<sup>89</sup> exige que Swissgrid dispose des données de livraison et de soutirage d'électricité, ainsi que des moyens de garantir l'équilibre et le fonctionnement du réseau électrique en Suisse; il convient de rappeler qu'elle ne dispose pas elle-même de capacité de production ou de retrait<sup>90</sup>. Swissgrid est par conséquent tenue de lier des relations avec d'autres opérateurs du marché électrique situés tant à l'amont qu'à l'aval de son propre réseau de transport.

Les échanges avec les pays limitrophes étant intenses et permanents<sup>91</sup>, Swissgrid doit collaborer avec les gestionnaires de réseau de transports (TSO) étrangers (art. 20 al. 2 let. e LApEl) – dans le cadre du Réseau européen des gestionnaires de réseau de transport d'électricité (ENTSO-E). A cette fin, elle conclut des contrats de collaboration dont la nature est de manière indiscutable (« *unbestritten* ») privée, selon la jurisprudence<sup>92</sup>. Dans ce cas, le caractère bilatéral de la relation ne pose pas de problème; celle-ci n'engage aucun pouvoir de puissance publique et les prestations ne ressortent pas de la loi. On peut en revanche hésiter sur la nature publique ou privée du contrat. La LApEl se limite à exiger de Swissgrid qu'elle « collabore » avec les TSO étrangers, sans que l'on puisse en déduire qu'elle lui confie l'exécution d'une tâche publique en la matière. Cette collaboration apparaît comme une condition indispensable à l'accomplissement de la tâche publique consistant à assurer la stabilité du réseau suisse. Sa nature semble ainsi bel et bien relever du droit privé; la relation n'a pas directement pour objet l'accomplissement d'une tâche publique (la stabilité du réseau), mais permet d'obtenir les moyens de sa mise en œuvre – dans un contexte transfrontière. N'en reste pas moins que de tels contrats avec des TSO étrangers n'est possible que sur la base du Règlement (UE) de la Commission du 2 septembre 2010 relatif à la fixation des orientations relatives à la compensation entre gestionnaires de réseau de transport et à une approche réglemen-

<sup>89</sup> Voir à ce propos WALDNER (2010) p. 1314 ss; POLTIER (2020) n<sup>os</sup> 759-760.

<sup>90</sup> Voir à ce propos Message LApEl, FF 2005 1493, 1502 qui mentionne les tâches qui relèvent de la sécurité de l'approvisionnement, notamment « la gestion de bilan et de congestions ».

<sup>91</sup> A propos du commerce extérieur du domaine énergétique suisse en 2019, voir OFEN (2020b) p. 13 ss.

<sup>92</sup> Arrêt TF 2C\_390, 391/2016 du 6 novembre 2018, c. 5.2.

taire commune pour la fixation des redevances de transport. Ce Règlement n'attache toutefois pas les « accords plurilatéraux » au droit privé (Annexe, Partie A, ch. 3)<sup>93</sup>.

Swissgrid a pour tâche d'éviter les congestions du réseau transfrontalier de transport<sup>94</sup>. Lorsque la demande de transport transfrontalier dépasse les disponibilités du réseau suisse, l'article 17 al. 1 LApEl prévoit que Swissgrid peut attribuer les capacités disponibles, selon les règles du marché, par des contrats d'achat et de fourniture et une mise aux enchères préalable ou toute autre opération ayant des effets comparables<sup>95</sup>. L'alinéa 2 limite l'attribution de capacités axées sur le marché en deux circonstances: en cas de prééminence des importations en vue d'approvisionner les consommateurs finaux du pays et en cas de prééminence des livraisons reposant sur des contrats d'achat et de fourniture conclus avant le 31 octobre 2002<sup>96</sup>. La gestion des congestions constitue une tâche publique relevant de la sécurité de l'approvisionnement<sup>97</sup>; elle implique que Swissgrid acquiert des capacités et les attribue afin d'accueillir les flux internationaux d'électricité. La jurisprudence n'a pas, à ce jour, tranché la nature juridique des enchères et des contrats qui en découlent<sup>98</sup>. On peut toutefois supposer l'existence d'une relation de droit public, l'attribution des capacités disponibles constituant *per se* une tâche publique inscrite à l'article 17 LApEl. L'objet de la relation juridique est régi par cette disposition de droit public, alors que son contenu vise directement l'accomplissement d'une tâche publique – et

---

<sup>93</sup> Voir à ce propos POLTIER (2020) n° 759.

<sup>94</sup> FÖHSE (2014) p. 64 ss; WEBER/KRATZ (2009) § 4 n° 121; KESSLER, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 17 LApEl n°s 16 ss. Message LApEl, FF 2005 1493, 1541. La congestion du réseau est définie dans le Règlement (CE) 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité comme « une situation dans laquelle une interconnexion reliant des réseaux de transport nationaux ne peut pas accueillir tous les flux physiques résultant d'échanges internationaux demandés par les opérateurs du marché, en raison d'un manque de capacité de l'interconnexion et/ou des réseaux nationaux de transport en cause » (art. 2 ch. 2 let. c).

<sup>95</sup> Il s'agit d'aligner le mécanisme helvétique sur celui prévu dans le Règlement (CE) 1228/2003 (art. 6).

<sup>96</sup> Message LApEl, FF 2005 1493, 1541.

<sup>97</sup> Art. 20 al. 2 let. b LApEl. Message LApEl, FF 2005 1493, 1502.

<sup>98</sup> POLTIER (2020) n° 759.

pas seulement l'acquisition des moyens de son exécution. Au demeurant, la procédure d'attribution peut être réglée et régulée par l'ElCom<sup>99</sup>.

Afin d'assurer l'équilibre dans la zone de réglage suisse, Swissgrid doit fournir les services-système<sup>100</sup>, en particulier l'énergie de réglage (« énergie de réserve »<sup>101</sup>), autrement dit l'électricité destinée à maintenir les échanges d'électricité au niveau prévu ainsi qu'à garantir le bon fonctionnement du réseau (art. 4 al. 2 let. e LApEl). L'acquisition d'énergie de réglage procède de contrats d'acquisition d'électricité servant à l'accomplissement d'une tâche publique<sup>102</sup>; sa nature est privée en cela que l'achat d'électricité (sous la forme d'une fourniture physique d'énergie de réserve) confère à Swissgrid les moyens nécessaires à garantir la stabilité du réseau dans la zone de réglage suisse.

La surveillance de la stabilité du système nécessite l'accès à la comptabilité complète et fiable de l'injection et du soutirage sur le réseau suisse. Cette tâche est rendue possible grâce aux groupes-bilan, chaque point de soutirage et d'injection en Suisse (consommateurs finaux et unités de production) devant être attribué à l'un d'entre eux (art. 23 al. 1 OApEl). Le responsable de groupe-bilan (RGB) transmet les programmes prévisionnels à Swissgrid laquelle, après exécution des fournitures d'énergie, solde tous les programmes prévisionnels à l'importation et à l'exportation du groupe-bilan. En cas de divergences, Swissgrid facture au groupe-bilan<sup>103</sup> l'énergie prélevée ou fournie sous forme d'énergie d'ajustement<sup>104</sup>.

<sup>99</sup> KESSLER, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 17 LApEl n° 13.

<sup>100</sup> Il s'agit de prestations nécessaires à une exploitation sûre des réseaux (art. 4 al. 1 let. g LApEl).

<sup>101</sup> FF 2014 2833, 3836.

<sup>102</sup> Arrêt TAF A-3505/2011 du 26 mars 2012, c. 5.5; Arrêt TAF A-4025/2015 du 22 mars 2016, c. 3.1. En doctrine, POLTIER (2020) n° 759; SCHOLL (2016) n° 11; MÜLLER (2016) p. 71.

<sup>103</sup> Art. 15a al. 1 LApEl. En introduisant dans la loi une disposition imputant expressément les coûts de l'énergie d'ajustement aux groupes-bilan, le législateur a souhaité éviter de mettre en péril la sécurité de l'exploitation du réseau en instaurant une incitation au respect des programmes prévisionnels par les groupes-bilan. FF 2014 2833, 3837.

<sup>104</sup> L'énergie d'ajustement désigne, à l'art. 4 al. 1 let. e<sup>ter</sup> LApEl, l'énergie servant à compenser la différence entre la consommation ou la fourniture effective d'un groupe bilan et sa consommation ou sa fourniture programmée. En pratique, lorsqu'il y a plus d'électricité soutirée qu'injectée ou vice-versa, Swissgrid est chargée de rétablir

Conformément à l'article 23 al. 3 OApEl, Swissgrid est tenue de passer un « contrat » avec chaque groupe-bilan. Celui-ci règle les droits et les obligations relatifs à la création et à la gestion du groupe-bilan ainsi qu'au déroulement d'annonces de programmes prévisionnels du RGB et au décompte d'énergie d'ajustement; du point de vue économique, il vise notamment à répartir les coûts de l'équilibrage du réseau<sup>105</sup>. L'ordonnance ne précise pas la nature du contrat en question qui lie le RGB à l'entité responsable de la gestion des groupes-bilan en vertu de l'article 20 al. 2 let. b LApEl. Il apparaît alors que cette relation bilatérale sert l'accomplissement d'une tâche publique, l'équilibre et la fiabilité du réseau électrique au sein des groupes-bilan; elle dote ainsi Swissgrid des moyens informationnels et organisationnels propres à garantir la gestion optimale des bilans d'ajustement sur l'unique zone de réglage helvétique. En ce sens, le contrat se caractérise par sa nature privée.

En matière de perception des contributions d'utilisation du réseau de transport (y compris s'agissant des coûts résiduels des « services-système » de l'art. 15 al. 2 LApEl), le Tribunal fédéral considère que Swissgrid ne dispose d'aucune compétence décisionnelle. Sans préciser la nature exacte de la relation entre la société nationale et les exploitants de centrales électriques, il admet toutefois que l'exploitation du réseau de transport et son financement représentent une tâche de droit public<sup>106</sup>; on peut ainsi en déduire l'existence d'une relation contractuelle de droit administratif en la matière<sup>107</sup>. Une partie de la doctrine se montre cri-

---

l'équilibre en recourant à de l'énergie de réglage. Dès lors qu'elle est responsable du bilan d'ajustement des groupes-bilan, Swissgrid acquiert l'énergie de réglage (de réserve) nécessaire et facture au groupe-bilan concerné l'énergie de réglage sous forme d'énergie d'ajustement, en fonction du différentiel qui existe entre le programme prévisionnel et le bilan de l'injection/soutirage effectif. Pour ce faire, Swissgrid acquiert au préalable la puissance de réglage nécessaire par le biais d'appels d'offres hebdomadaires et quotidiens. FF 2014 2823, 3836.

<sup>105</sup> Voir à ce propos les ch. 2.1 et 8 du contrat-de groupe bilan type publié par Swissgrid. <<https://www.swissgrid.ch/dam/swissgrid/customers/topics/legal-system/balance-group/1/00-Balance-Group-Contract-V2-0-FR.pdf>> (consulté le 20 juillet 2021).

<sup>106</sup> ATF 143/2016 II 37, c. 4 non publié (Arrêt TF 2C\_348/2015 du 23 mai 2016).

<sup>107</sup> POLTIER (2020) n° 760. On note au passage que le Tribunal administratif fédéral avait retenu une nature de droit privé (ATAF 2013/13, c. 5.5). Au demeurant, dans un arrêt précédent, le Tribunal administratif fédéral affirmait que le transport d'électricité n'est pas une tâche étatique bien qu'il constitue un monopole de droit et soit dans l'intérêt public (Arrêt TAF A-3505/2011 du 26 mars 2012, c. 5.5).

tique avec le point de vue développé par la jurisprudence, considérant que, dans l’accomplissement d’une tâche publique, Swissgrid dispose d’une compétence décisionnelle<sup>108</sup>. Le Tribunal fédéral admet que la contribution litigieuse trouvait son fondement dans le droit public, à l’ancien article 31*b* OApEl. Cette disposition, abrogée en 2013, permettait à Swissgrid de facturer aux GRD et aux consommateurs finaux raccordés au réseau de transport les coûts des services-système; elle précisait à ce titre le montant maximal de la contribution et, de manière exhaustive, les services visés. Les prestations étaient ainsi définies par la loi, ne laissant guère de place à un échange de volonté et à une relation de nature bilatérale. Suivant ce constat, la position du Tribunal fédéral n’est pas sans poser de problème car elle n’admet aucun pouvoir décisionnel de Swissgrid, dans le cadre d’une relation qui répond aux critères de l’unilatéralité. A notre sens, la facture adressée par Swissgrid pour l’utilisation du réseau concrétisait la relation sous la forme d’une décision – laquelle s’avère nécessaire à l’accomplissement de la tâche déléguée à Swissgrid en lui attribuant les moyens (financiers) nécessaires pour adapter le réseau de transport aux besoins et l’entretenir<sup>109</sup>. Dans le droit en vigueur, ce problème se pose en des termes similaires aux articles 15 al. 2 et 22 al. 2 OApEl.

## 2. *Les gestionnaires de réseau de distribution*

Il s’agit d’examiner, dans le présent chapitre, les relations que lient les gestionnaires de réseau à d’autres agents du marché de l’électricité que Swissgrid ou les consommateurs finaux auxquels ils sont raccordés.

### a. L’attribution des zones de desserte

L’article 5 al. 1 LApEl prévoit que les cantons « désignent » les zones de desserte des gestionnaires de réseau sur leur territoire. Une zone de desserte recouvre un secteur géographique dans lequel les consommateurs finaux sont reliés au réseau d’un gestionnaire. Il s’agit d’empêcher l’existence de zones de desserte qualifiées d’orphelines, notamment dans les parties isolées ou reculées du pays<sup>110</sup>. Selon le texte de la loi,

<sup>108</sup> FÖHSE (2018) p. 1246-1247.

<sup>109</sup> A propos du fondement du pouvoir décisionnel et de la divergence qui subsiste en la matière, *Supra* IV.B.4.

<sup>110</sup> Message LApEl, FF 2005 1493, 1528.

ces zones doivent faire l'objet d'une « attribution » (*Zuteilung*); celle-ci doit reposer sur le droit cantonal et être transparente et non discriminatoire<sup>111</sup>. Tant les conditions de la désignation que les prestations des parties découlent directement de la loi, que ce soit dans la LApEl, notamment à l'article 5 al. 2, ou dans le droit cantonal. S'agissant de ce dernier, l'article 5 al. 4 LApEl précise que d'autres prestations que celles qui sont exposées dans la loi fédérale, telles que le raccordement hors de la zone à bâtir, les conditions et les coûts de ce raccordement, peuvent faire l'objet de dispositions de droit cantonal. L'attribution de zones de desserte à un gestionnaire de réseau s'apparente ainsi à une délégation de tâche publique<sup>112</sup>.

Les cantons<sup>113</sup> sont chargés de désigner les zones de desserte, autrement dit de les délimiter territorialement, puis de les attribuer individuellement à un GRD. La relation juridique qui en découle a précisément pour objet l'exécution d'une tâche publique; elle relève par conséquent du droit public. Plus précisément, les prestations étant définies par la loi, il s'agit d'une relation unilatérale sanctionnée par une décision de l'autorité cantonale<sup>114</sup>. A ce titre, le Conseil fédéral, dans son message, précise que l'acte administratif d'attribution doit en principe prendre la forme d'un acte attaquant par le biais d'un recours selon le droit cantonal<sup>115</sup>. On peut encore ajouter que les cantons peuvent obliger – par décision – les gestionnaires de réseau à raccorder des consommateurs finaux hors de la zone de desserte (art. 5 al. 3 LApEl).

Littéralement, le texte de l'article 5 al. 1 LApEl n'exclut pas d'emblée une attribution contractuelle des zones de desserte, pour autant qu'elle soit conforme au droit fédéral et cantonal, transparente et non discriminatoire. Encore faut-il que la voie bilatérale ne conduise pas à éluder

---

111 L'attribution des zones de desserte n'est pas soumise à une procédure d'appel d'offre au sens de l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02). ROBERT-NICOUD (2018) n° 18.

112 POLTIER (2020) n° 642.

113 Cette tâche peut être déléguée aux communes. Message LApEl, FF 2005 1493, 1528. Arrêt TF 2C\_237/2014 du 16 juillet 2014, c. 5.1. JÄGER/SCHIEDEGGER, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 5 al. 1-4 LApEl n° 10, avec les références citées.

114 Dans ce sens JÄGER/SCHIEDEGGER, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 5 al. 1-4 LApEl n° 10, avec des exemples en droit cantonal.

115 Message LApEl, FF 2005 1493, 1528.

le droit des tiers à contester l'attribution en justice et à faire valoir leurs intérêts dans le cadre d'un recours<sup>116</sup>. En revanche, la désignation des zones de dessertes ne peut que reposer sur une décision du canton, le terme « désigner » (« *bezeichnen* ») évoquant une démarche unilatérale excluant toute négociation ou accord de volonté.

L'attribution des zones de desserte peut être assortie d'un « contrat de prestation » (contrat de collaboration<sup>117</sup>) destiné au gestionnaire de réseau (art. 5 al. 1 *in fine* LApEl). L'objectif est de renforcer l'approvisionnement de base, notamment avec une obligation d'assurer l'éclairage public, de garantir des capacités de réserve ou d'offrir des prestations énergétiques qui vont au-delà des exigences de la LApEl<sup>118</sup>. Dès lors que ces contrats tendent à l'accomplissement d'une tâche publique découlant du droit cantonal, déléguée (privatisée) au gestionnaire de réseau, leur nature relève du droit administratif. A la lecture des versions allemande et italienne du texte légal, il apparaît que la relation donnant lieu à ces prestations supplémentaires ne doit pas nécessairement reposer sur une base contractuelle comme l'indique la version française. Il est davantage question de mandat de prestation (« *Leistungsauftrag* », « *mandato di prestazioni* ») que de contrat au sens strict. La relation peut être ainsi également fondée sur une base décisionnelle, pour autant que le droit cantonal prévoit une telle compétence du canton ainsi que le cadre de son exercice (principe de la légalité)<sup>119</sup>.

#### b. La garantie de l'approvisionnement

La garantie d'un approvisionnement en électricité sûr et suffisant implique, de surcroît, d'autres catégories de relations. Les gestionnaires de réseau de distribution sont tenus de coordonner leur planification du réseau (art. 9c LApEl), mais également de coordonner leurs activités et leurs installations. L'objectif d'intérêt public visé consiste à pourvoir à un réseau « sûr, performant et efficace » et à garantir matériellement l'approvisionnement sur tout le territoire suisse (art. 8 al. 1 let. a et b

<sup>116</sup> JÄGER/SCHIEDEGGER, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 5 al. 1-4 LApEl n° 12.

<sup>117</sup> NGUYEN (1998) p. 39 ss; MOOR/POLTIER (2011) p. 434.

<sup>118</sup> Message LApEl, FF 2005 1493, 1528.

<sup>119</sup> JÄGER/SCHIEDEGGER, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 5 al. 1-4 LApEl n° 25.

LApEl). Pour ce faire, ils concluent entre eux des contrats de raccordement qui concrétisent la collaboration entre entités publiques et parapubliques chargées de l'accomplissement de tâches publiques. Il s'agit probablement de contrats de droit public (contrats de coopération ou de coordination<sup>120</sup>)<sup>121</sup>.

Dans la mesure où le gestionnaire de réseau de distribution acquiert de l'électricité sur le marché pour la revendre, il n'est pas considéré comme un consommateur final au sens de l'article 4 al. 1 let. b LApEl. Cette disposition suppose en effet que l'achat se fasse pour satisfaire aux besoins propres de l'acquéreur. Il ne peut ainsi prétendre à bénéficier de l'approvisionnement de base<sup>122</sup>; l'achat d'électricité dans un tel contexte relève d'une relation contractuelle de droit privé entre le GRD et le producteur qui lui fournit l'énergie. En cas de litige concernant les opérateurs du marché de l'électricité entre eux, dans le cadre de transactions ne relevant pas de la LApEl mais des règles du marché, il appartient au juge civil de trancher<sup>123</sup>.

Les gestionnaires de réseau de distribution concluent un contrat de raccordement au groupe-bilan, leur permettant d'engager des relations en matière de fourniture d'électricité avec d'autres opérateurs du marché, de même que d'entreprendre physiquement la livraison<sup>124</sup>. Ce contrat contribue à garantir l'équilibre du bilan électrique dans la zone de réglage suisse en obligeant le gestionnaire de réseau de distribution à fournir au responsable du groupe bilan les programmes de commande d'électricité. A cet égard, la relation revêt une nature privée, le contrat n'exécutant pas directement une tâche publique (l'équilibrage du réseau), mais offrant les moyens comptables et informationnels de son exécution.

Il arrive qu'un réseau de distribution appartienne à une collectivité publique (une commune en principe), laquelle souhaite en confier l'exploitation à un gestionnaire tiers. La relation que nouent ces deux opérateurs n'est pas soumise aux dispositions de la LApEl. La collectivité publique

---

120 MOOR/POLTIER (2011) p. 434; NGUYEN (1998) p. 25.

121 POLTIER (2020) n° 758.

122 ATF 141/2015 II 141, 153 s., c. 4.5.1.

123 Voir dans ce sens la note d'ETIENNE POLTIER à propos de l'ATF 142/2016 II 451 dans *RDAF* 2017 I 443, p. 445.

124 WALDNER (2010) p. 1317.

dispose par conséquent d'une large marge de manœuvre quant au choix de l'instrument juridique et du type de relation appropriés: décision, concession ou contrat. S'agissant de ce dernier, dès lors que sa fonction et son objet consistent à accomplir directement les tâches publiques figurant aux articles 5 et 6 LApEl (approvisionnement de base et raccordement au réseau électrique), sa nature est sans doute de droit public<sup>125</sup>. Le Tribunal fédéral ne s'est pas définitivement déterminé à ce propos; dans un arrêt récent, il a toutefois exposé certains principes applicables au transfert du droit d'exploiter le réseau électrique d'une commune. Au premier chef, le droit cantonal doit impérativement garantir que l'acte final portant sur le choix du gestionnaire de réseau désigné puisse être contesté en justice – autrement dit qu'une décision attaquable soit rendue en la matière<sup>126</sup>. Le Tribunal fédéral laisse en revanche ouverte la question de l'assujettissement aux marchés publics du transfert de l'exploitation du réseau communal, respectivement aux articles 2 al. 7 et 9 LMI ou encore à l'article 3a LApEl. N'en reste pas moins que le transfert de l'exploitation du réseau doit, quoi qu'il en soit, suivre une procédure transparente et non discriminatoire<sup>127</sup>.

#### D. L'approvisionnement de base

L'approvisionnement de base en électricité a pour fonction d'offrir une certaine protection aux consommateurs captifs et aux consommateurs éligibles ayant renoncé à leur droit d'accès, en leur garantissant une fourniture effective d'électricité à des tarifs raisonnables. Il est une composante du service public que doivent garantir en tout temps les gestionnaires de réseau dans leur zone de desserte<sup>128</sup>. Dans ce contexte, la régulation porte sur l'ensemble des relations nouées entre les clients captifs et leur gestionnaire de réseau.

Pour que l'approvisionnement puisse être en pratique garanti, la loi impose aux gestionnaires de réseau trois types d'obligations qui les

---

<sup>125</sup> A ce propos, dans une affaire soleuroise, TA SO VWBES.2019.103 du 11 juillet 2019, c. 4.3, jugée par le Tribunal fédéral dans Arrêt TF 2C\_335, 789/2019 du 17 août 2020, c. 5.3.

<sup>126</sup> Arrêt TF 2C\_335, 789/2019 du 17 août 2020, c. 7.

<sup>127</sup> Arrêt TF 2C\_335, 789/2019 du 17 août 2020, c. 6.2.

<sup>128</sup> Message LApEl, FF 2005 1493, 1501. ATF 144/2018 III 111, 114 ss, c. 5.2, MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 492; SCHOLL (2015) p. 515.

conduisent à établir autant de relations juridiques avec les consommateurs captifs<sup>129</sup>. Ces derniers disposent du droit d’être alimenté en électricité, à des tarifs conditionnés par la loi et régulés par l’ElCom (1); ils doivent pouvoir se connecter au réseau électrique (2) et bénéficient du droit d’utiliser le réseau de distribution contre rémunération (3).

S’agissant de l’utilisation du réseau considérée au sens large, le Tribunal fédéral distingue trois relations donnant lieu au versement de contributions causales<sup>130</sup>. Il évoque une relation de raccordement au réseau, une relation d’utilisation du réseau proprement dite, mais également une relation liée à l’aménagement et l’acquisition du réseau – sachant que tout raccordement exige un redimensionnement du réseau. En pratique, les coûts d’utilisation du réseau (*Netznutzungsentgelte*) et les coûts de raccordement (*Netzanschlusskosten*) sont susceptibles de partiellement se chevaucher et de conduire à une double facturation. En substance, les uns et les autres peuvent inclure dans leur calcul respectif une partie des coûts d’acquisition et d’aménagement du réseau (*Netzbeiträge*). Cela étant, nous ne retenons ici que les relations de raccordement et d’utilisation, en sus de la relation de fourniture.

## 1. La fourniture d’électricité

### a. Une relation de droit public

Dans le contexte de la libéralisation partielle du marché de l’électricité, le client captif n’a d’autre choix que de se fournir en électricité auprès de son gestionnaire de réseau (hormis en cas de consommation propre). Ce dernier est tenu de lui livrer l’énergie souhaitée à un tarif « équitable » (*angemessen, adequate*) et « uniforme » (*einheitlich, unitario*) pour un même niveau de tension et les mêmes caractéristiques de consommation (art. 6 al. 1 et 3 LApEl)<sup>131</sup>.

En tant que l’approvisionnement de base s’apparente au service public, le gestionnaire de réseau agit dans l’accomplissement d’une tâche publique lorsqu’il fournit en électricité les consommateurs situés dans sa zone

---

<sup>129</sup> ATF 144/2018 III 111, 112 ss, c. 5.1. Le Tribunal fédéral mentionne successivement le rapport d’utilisation du réseau, le rapport de fourniture d’énergie et le rapport de raccordement. Voir en doctrine ROBERT-NICOUD (2018) n<sup>os</sup> 20-22, lequel évoque les obligations « de raccorder », « d’exploiter le réseau de distribution » et « de vendre » autrement dit de fournir l’électricité. Voir également SCHOLL (2015) p. 518; KRATZ (2003) p. 347.

<sup>130</sup> Arrêt TF 2E\_1/2019 du 30 avril 2020, c. 3.7.

<sup>131</sup> ATF 142/2016 II 451, 465, c. 4.2.2.

de desserte. Dit autrement, la relation qu'il entretient avec ses clients captifs a pour fonction de mettre en œuvre l'intérêt public à la garantie et la sécurité de l'approvisionnement. L'objet même de cette relation juridique est régi par le droit administratif. Elle doit ainsi être attribuée au droit public<sup>132</sup>, comme l'a admis puis confirmé le Tribunal fédéral<sup>133</sup>.

b. Une relation unilatérale ?

La jurisprudence ne s'est, en revanche, pas prononcée sur la nature de la relation de droit public qui lie le gestionnaire de réseau et le client captif, à savoir si elle est unilatérale ou bilatérale. La distinction s'opère en fonction des fondements des droits et des obligations découlant de la relation en cause; lorsque les prestations sont déterminées par la loi, il s'agit d'une relation unilatérale<sup>134</sup>. En l'espèce, la prestation due par le gestionnaire de réseau est inscrite à l'article 6 al. 1 LApEl; elle consiste à livrer l'électricité dont ont besoin les consommateurs finaux. Pour leur part, les consommateurs captifs sont tenus de s'acquitter du prix de l'électricité, celui-ci étant fixé et imposé par le gestionnaire de réseau – sur la base d'une tarification uniforme excluant toute négociation individuelle (art. 6 al. 3 LApEl)<sup>135</sup>.

La tarification de la fourniture de l'électricité est encadrée par la LApEl, bien que par le biais de notions juridiques indéterminées, et soumise à l'étroite surveillance de l'ElCom (art. 22 al. 2 LApEl). A cet égard, la commission a établi une méthode de calcul, admise par le Tribunal fédéral, permettant de garantir des prix « équitables »; celle-ci contraint les gestionnaires de réseau à fixer les tarifs de l'approvisionnement de base en fonction des coûts (système *cost-plus*/système de la couverture des coûts aménagés) et non en fonction du prix du marché<sup>136</sup>. Dans un tel

<sup>132</sup> POLTIER (2020) n° 745.

<sup>133</sup> ATF 144/2018 III 111, 112 ss, c. 5.1; ATF 142/2016 II 451, 464 s., c. 4.2.1; ATF 141/2015 II 141, 160, c. 7; Arrêt TF 2C\_12/2016 du 16 août 2020, c. 3.3.2; Arrêt TF 4A\_582/2014 du 17 avril 2015, c. 2.2.

<sup>134</sup> *Supra* IV.B.3.

<sup>135</sup> Les tarifs de l'électricité présentent une structure de règles de droit, soumises à la surveillance de l'ElCom; ils doivent être au demeurant publiés selon l'art. 6 al. 3 LApEl. POLTIER (2020) n° 746; BUCHLI (2018) p. 262.

<sup>136</sup> Arrêt TF 2C\_828/2019 du 16 juillet 2020. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a été saisi de deux demandes de révision introduites respectivement par l'ElCom et le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la

contexte, on ne perçoit guère de place pour un échange de volonté entre les parties permettant d'admettre une relation contractuelle, tant en ce qui concerne l'électricité à fournir que le prix à payer.

Les prestations de fourniture d'électricité sont largement prédéfinies par la loi ou par le mécanisme de régulation instauré dans la LApEl. Ainsi, si la voie unilatérale paraît préférable sur le plan pratique<sup>137</sup>, notamment en matière de recouvrement des créances, elle semble s'imposer au regard des critères issus du droit administratif général. Ce point de vue est appuyé par le constat que le rapport entre le gestionnaire de réseau et les clients captifs est déséquilibré, en cela que les seconds dépendent entièrement du monopole naturel et du monopole de droit des premiers sur la distribution d'électricité<sup>138</sup>; en particulier, le consommateur final se voit imposer, par la loi et la décision cantonale d'attribution de la zone de desserte, son fournisseur-distributeur d'électricité.

En pratique, la relation de fourniture débute lorsque le consommateur s'alimente effectivement en électricité, ceci sans que soit intervenue auparavant une quelconque négociation entre lui et son gestionnaire de réseau. Il peut arriver que l'utilisateur doive demander préalablement à être alimenté; la fourniture intervient alors lorsque le gestionnaire de réseau constate que les conditions sont remplies et accepte la demande (de manière unilatérale)<sup>139</sup>, là encore sans négociation possible. La possibilité proposée aux clients, par certains distributeurs, de choisir entre diverses offres ou bouquets énergétiques ne permet pas de déduire l'existence d'une relation contractuelle; le choix ne porte que sur un « produit » électrique dont le tarif est fixé de manière générale et abstraite par le gestionnaire de réseau, sous la surveillance de l'ElCom.

---

communication (DETEC). La première a été déclarée irrecevable, faute de qualité pour recourir de l'ElCom (Arrêt TF 2F\_20/2020 du 15 octobre 2020); la seconde, relative au paiement des intérêts sur les excédents tarifaires, a été rejetée (Arrêt TF 2F\_21/2020 du 15 octobre 2020).

137 FÖHSE (2018) p. 1246.

138 Dans ce sens BUCHLI (2018) p. 273; FÖHSE (2015) p. 143.

139 Voir pour exemple l'art. 6 des Conditions des services industriels de Lausanne (SiL) pour la fourniture d'énergie électrique aux usagers captifs qui indique que le rapport juridique débute « dès que l'utilisateur s'alimente en énergie électrique ou demande à être alimenté, sous réserve de l'acceptation des SiL » <<https://www.lausanne.ch/vie-pratique/energies-et-eau/services-industriels/particuliers/je-choisis-mon-offre/electricite.html#reglements>> (consulté le 20 juillet 2021).

## c. Les compétences décisionnelles des gestionnaires de réseau

Dans l'hypothèse d'une relation unilatérale, il convient d'examiner l'existence de compétences décisionnelles des gestionnaires de réseau en matière de fourniture d'électricité<sup>140</sup>; cette question vise tout particulièrement la nature juridique de la facture relative aux coûts d'achat d'électricité. A cet égard, la LApEl ne procède à aucune délégation expresse de pouvoir de décision aux gestionnaires de réseau; elle ne l'exclut toutefois pas non plus<sup>141</sup>. On peut néanmoins considérer que l'approvisionnement de base s'accompagne nécessairement d'un pouvoir décisionnel des GRD en la matière<sup>142</sup>; à tout le moins, celui-ci paraît indispensable aux gestionnaires de réseau – en particulier à percevoir le prix de l'électricité nécessaire à garantir le financement des tâches publiques qui leur incombent.

Bien que cette question n'ait pas reçu, à ce jour, de réponse claire de la jurisprudence, elle a fait l'objet d'un embryon de développement dans une affaire bâloise soumise à l'ancien droit. Celle-ci concernait l'interruption de la livraison d'électricité par un gestionnaire de réseau (un établissement de droit public autonome). Selon le Tribunal fédéral, la coupure volontaire de courant équivaut à un refus de prestation qui ne peut être mis en œuvre par un simple acte matériel. Si l'interruption effective constitue un tel acte, elle doit être précédée d'un acte souverain individuel et concret dont la nature juridique est celle de la décision<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> A ce propos, *Supra* IV.B.4.

<sup>141</sup> La doctrine n'exclut pas que le droit cantonal puisse conférer, par une norme expresse, un pouvoir décisionnel aux gestionnaires de réseau. Voir à ce propos POLTIER (2020) n° 730. Pour un avis contraire, reposant sur la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 Cst.), BUCHLI (2018) p. 269.

<sup>142</sup> Dans ce sens POLTIER (2020) n°s 747-749. Cet auteur est d'avis que les montants facturés par les gestionnaires de réseaux ne sont pas un prix, mais des contributions causales (n° 750).

<sup>143</sup> On pourrait envisager l'existence d'une décision sur acte matériel, à l'image de celle que prévoit l'art. 25a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021); le Tribunal fédéral n'y fait pas mention et évoque une décision qui précède temporellement l'acte matériel d'interruption – non qui le suit. On pourrait de même imaginer l'existence d'une décision rendue dans cadre d'une relation contractuelle, sous la forme d'un acte détachable. Le Tribunal fédéral n'y fait pas non plus référence et rejette par ailleurs explicitement cette théorie (bien que certains arrêts ne puissent se comprendre qu'en y recourant), en l'absence d'une base légale qui instaure un régime de décision dans le cadre de la relation contractuelle (à

La Haute Cour ne précise toutefois pas le fondement de la compétence décisionnelle qui échoit au gestionnaire de réseau dans ce cas. En l'absence d'une base légale formelle explicite, on peut admettre qu'elle accompagne implicitement l'accomplissement de la tâche publique consistant à garantir la fourniture d'électricité<sup>144</sup>. La décision est de surcroît indispensable à ce que l'approvisionnement<sup>145</sup> soit assuré conformément aux exigences de la LAPeI – en cela que son destinataire doit disposer à l'encontre de l'acte litigieux des voies de droit et des garanties de la procédure administrative, avant que l'interruption de fourniture proprement dite n'intervienne<sup>145</sup>.

Plus récemment, le Tribunal fédéral s'est prononcé à propos de la facture d'électricité délivrée par une commune gestionnaire de réseau, afin de déterminer s'il s'agit d'une simple demande de paiement ou d'une décision. Il rappelle qu'il est dans l'intérêt de la sécurité du droit, en matière d'administration de masse, que la portée contraignante d'un acte administratif soit clairement évidente pour son destinataire. Tel est le cas lorsque l'acte en cause indique les voies de droit ou est désigné en tant que décision. Selon ce principe, il a admis qu'une des factures contestées devait être considérée comme une décision qui ne pouvait être annulée en l'espèce, faute de motifs<sup>146</sup>.

Dans une affaire bernoise relative au recouvrement d'une créance de fourniture en électricité, le Tribunal administratif cantonal a dénié le caractère indispensable du pouvoir décisionnel du gestionnaire de réseau dans l'accomplissement de sa tâche de fourniture d'électricité aux consommateurs captifs, s'agissant des créances pécuniaires. Le gestionnaire de réseau ne pouvait ainsi rendre de décision (*Verfügung*) et ne pouvait faire valoir sa créance que dans le cadre d'une action auprès du gouvernement<sup>147</sup>. On peut regretter que, dans cet arrêt, la Cour cantonale ne se soit pas d'abord interrogée sur le caractère bilatéral ou unila-

---

ce propos, avec quelques tempéraments, MOOR/POLTIER [2011] p. 447 ss). L'analyse conduit au surplus à écarter la voie de la relation bilatérale.

<sup>144</sup> ATF 137/2010 I 120, 125 s., c. 5.5.

<sup>145</sup> La coupure de courant ne pouvant être que l'*ultima ratio*, il est nécessaire de garantir le droit d'être entendu du mauvais payeur. Dans ce sens, ATF 137/2010 I 120, 125 s., c. 5.5.

<sup>146</sup> Arrêt TF 2C\_339/2017 du 24 mai 2018, c. 4.3.

<sup>147</sup> JAB 2018 259, c. 3.3-3.4.

téral de la relation de droit public en cause, au lieu de se limiter à évaluer l'existence d'une compétence décisionnelle pour finalement en déduire (à défaut d'acte d'exécution unilatérale à disposition) une relation contractuelle. Au demeurant, il n'est pas évident que l'exécution des créances pécuniaires ne soit pas indispensable à la fourniture d'électricité, dès lors que cette dernière n'est possible que si le gestionnaire de réseau peut financer ses activités en percevant le prix de l'électricité. Dans un arrêt plus récent, le Tribunal cantonal bernois a admis la compétence décisionnelle d'une commune gestionnaire de réseau en matière de fourniture d'électricité<sup>148</sup>; son fondement ressort des règles générales de la procédure administrative cantonale.

## 2. *Le raccordement au réseau de distribution*

### a. Une relation de droit public

Le raccordement est une condition préalable indispensable pour que le réseau électrique puisse être effectivement utilisé<sup>149</sup>, mais également pour que l'électricité puisse être injectée et soutirée. L'approvisionnement de base inclut nécessairement le droit des consommateurs finaux de se connecter matériellement au réseau<sup>150</sup>.

L'article 5 al. 2 LApEl impose aux gestionnaires de réseau de raccorder « tous les consommateurs finaux » se trouvant en zone à bâtir ou dans les biens-fonds et groupes d'habitation habités à l'année hors de cette zone. Le droit cantonal peut, au demeurant, les obliger à raccorder les consommateurs finaux hors de la zone à bâtir, voire hors de leur zone de desserte (art. 5 al. 3 et 4 LApEl). La relation de raccordement découle ainsi de la loi; elle répond à des intérêts publics: la garantie de l'approvisionnement et sa sécurité – les gestionnaires assumant une tâche publique en la matière. Elle doit ainsi être attribuée au droit public, comme le retient le Tribunal fédéral<sup>151</sup>.

<sup>148</sup> TA BE 100.2019.207U du 25 février 2020, c. 2.5.

<sup>149</sup> Voir à ce titre l'art. 4 al. 1 let. a LApEl qui définit le réseau électrique comme l'ensemble des installations nécessaires au transport et à la distribution d'électricité.

<sup>150</sup> ATF 144/2018 III 111, 112 ss, c. 5.1, avec les références de doctrine citées. Message LApEl, FF 2005 1493, 1501.

<sup>151</sup> ATF 144/2018 III 111, 114 ss, c. 5.2.

b. Le réseau électrique en tant qu'équipement au sens de l'article 19 LAT

Le réseau électrique de distribution fait partie de l'équipement au sens de l'article 19 al. 1 de la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT<sup>152</sup>), en tant qu'il constitue une conduite à laquelle il est possible de se raccorder pour l'alimentation « en énergie »<sup>153</sup>. A ce titre, les collectivités publiques concernées (désignées par les cantons) doivent procéder à l'équipement de la zone à bâtir (art. 19 al. 2 LAT); en matière d'énergie, elles sont ainsi tenues d'assurer le raccordement physique des ménages au réseau de distribution, au besoin en déléguant cette tâche à des tiers tels que les gestionnaires de réseau<sup>154</sup>. Il appartient au droit cantonal de régler la participation financière des propriétaires (art. 19 al. 2, 2<sup>e</sup> phrase), en particulier par le prélèvement de taxes causales tant en ce qui concerne le raccordement que l'utilisation du réseau<sup>155</sup>.

L'obligation d'équiper de l'article 19 LAT ne concerne que la zone à bâtir, selon le texte de la loi. Pour sa part, l'article 5 al. 3 LApEl permet aux cantons d'obliger les gestionnaires de réseau à raccorder les consommateurs finaux situés hors de la zone à bâtir. L'articulation entre ces deux dispositions, notamment au regard des compétences de contrôle respectives des cantons et de l'ElCom, a fait l'objet de discussions en doctrine<sup>156</sup>. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a apporté certaines clarifications. Les coûts de raccordement au réseau (*Netzanschlusskosten*) ou les contributions correspondantes des propriétaires fonciers ne relèvent pas de la responsabilité de l'ElCom, mais des cantons; il s'agit de contributions d'équipement au sens de l'art. 19 LAT. Peu importe que le raccordement soit opéré en zone à bâtir ou hors de cette zone. Il en est de même des autres contributions cantonales susceptibles d'être

---

<sup>152</sup> RS 700.

<sup>153</sup> JEANNERAT (2016) n° 37.

<sup>154</sup> JEANNERAT (2016) nos 45-46.

<sup>155</sup> JEANNERAT (2016) nos 66 ss.

<sup>156</sup> FÖHSE (2018) p. 1238-1241. Cet auteur se montre critique envers la solution retenue dans ATAF 2015/38, en étant d'avis que le raccordement au réseau ne devrait pas être traité différemment de son utilisation. Voir également POLTIER (2020) nos 646-647 et 744.

intégrées à la facture d'électricité<sup>157</sup>. En revanche, les coûts d'utilisation du réseau électrique (*Netznutzungsentgelte*) ressortent de la compétence de l'ElCom. La responsabilité de cette dernière se limite à veiller à ce que ces coûts, qui ont déjà été facturés individuellement (raccordement et aménagement du réseau), ne soient pas à nouveau pris en compte dans la contribution d'utilisation du réseau. L'ElCom n'est pas responsable de la détermination ou de la révision des coûts de raccordement au réseau ou des contributions à l'aménagement et l'acquisition du réseau (*Netzbeiträge*); cette tâche incombe aux autorités cantonales<sup>158</sup>.

c. La nature unilatérale ou bilatérale du raccordement

Selon l'article 5 al. 2 LApEl, les gestionnaires de réseau ont l'obligation de raccorder l'ensemble des consommateurs dans leur zone de desserte; ces derniers n'ont pas, en contrepartie, le choix quant au distributeur auquel se connecter. Au demeurant, l'autorité statue de manière unilatérale, tant sur le raccordement que sur le prélèvement de taxes en la matière – sur la base d'une tarification uniforme (art. 6 al. 3 LApEl). De la sorte, la loi confère à l'autorité la faculté de déterminer seule les droits et les obligations des consommateurs finaux; elle use pour cela de la voie de la décision, tant en vertu de l'article 19 al. 2 LAT que de l'article 5 LApEl.

La jurisprudence et la doctrine admettent néanmoins que l'équipement puisse faire l'objet d'une contractualisation de droit public, en lieu et place de décisions<sup>159</sup>. Le contrat d'équipement est un accord par laquelle une collectivité publique et un propriétaire foncier conviennent des modalités de réalisation et de financement de l'équipement<sup>160</sup>. S'agissant

<sup>157</sup> WYSS, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 22 LApEl n° 17.

<sup>158</sup> Arrêt TF 2E\_1/2019 du 30 avril 2020, c. 3.6. Cet arrêt s'inscrit dans la suite de l'ATF 144/2018 III 111. Il ne sanctionne peut-être pas la fin de l'affaire. On comprend que le raccordement au réseau électrique de l'art. 15 LApEl est une tâche publique de compétence cantonale, déléguée aux GRD. La question suivante que devra éventuellement résoudre le Tribunal fédéral est celle du fondement légal (existence et suffisance de la base légale) de cette délégation de compétence, mais également de la contribution publique prélevée – sachant que l'objet et le sujet d'une contribution causale doivent figurer dans une loi au sens formel, alors que le calcul de la taxe doit figurer dans une loi au sens matériel.

<sup>159</sup> POLTIER (2020) n° 741; JEANNERAT (2016) n° 46; POLTIER (2011) p. 134 ss.

<sup>160</sup> ADANK (2016) n° 632; ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT (2001) nos 193 et 749-750.

de l'équipement d'approvisionnement en électricité, une collectivité publique, voire un gestionnaire de réseau déléataire de tâches publiques, peut en ce sens convenir bilatéralement avec les consommateurs finaux des conditions de réalisation et de financement du raccordement. Un tel contrat de droit administratif ne soustrait toutefois pas l'autorité de sa responsabilité et de ses obligations d'équiper et de raccorder à des coûts proportionnés<sup>161</sup>.

La conclusion d'un contrat de raccordement est expressément prévue à l'article 10 de l'ordonnance fédérale sur l'énergie du 1<sup>er</sup> novembre 2017 (OEn<sup>162</sup>) entre les gestionnaires de réseau et les producteurs visés à l'article 15 LEn. Le contenu du contrat ainsi que les modalités de rétribution sont exposés aux articles 10 à 12 OEn.

### 3. *L'utilisation du réseau de distribution*

L'utilisation du réseau de distribution constitue une condition absolument nécessaire à l'acheminement de l'électricité jusqu'aux consommateurs finaux. Formulé autrement, l'obligation de fourniture à charge des gestionnaires de réseau, à l'article 6 al. 1 LApEl, ne peut être accomplie sans garantir aux producteurs comme aux clients captifs le droit d'utiliser le réseau de distribution auquel ils sont raccordés. L'utilisation du réseau est ainsi une composante du service public, la relation juridique qui la caractérise servant à l'accomplissement d'une tâche publique. Comme les relations de raccordement et de fourniture, la relation d'utilisation du réseau relève du droit public<sup>163</sup>.

Dans le cadre de l'approvisionnement de base, les obligations réciproques des gestionnaires de réseau et des clients captifs découlent directement de la loi. Les premiers sont tenus de garantir l'utilisation de leur réseau en tout temps, alors que les seconds doivent, en contrepartie, s'acquitter d'une taxe à titre de rémunération de cette prestation. Les modalités de calcul et de prélèvement, ainsi que le contenu, de cette contribution due au gestionnaire de réseau sont prédéterminés aux articles 14 et 15 LApEl et 13 ss OApEl. En outre, la rémunération pour l'utilisation du réseau

---

<sup>161</sup> JOMINI (1999/2010) n° 68.

<sup>162</sup> RS 730.01.

<sup>163</sup> ATF 141/2015 III 111, 116, c. 5.2 *in fine*.

doit être soumise à une tarification uniforme de nature normative (art. 6 al. 3 LApEl), laquelle exclut toute négociation.

Dans ce contexte, il ne subsiste guère de place pour le procédé contractuel et l'échange réciproque de volonté; le gestionnaire de réseau statue de manière unilatérale, s'agissant en particulier du prélèvement de la taxe d'utilisation du réseau. De surcroît, la rémunération pour l'utilisation du réseau fait l'objet d'une surveillance de l'ElCom, en vertu de l'article 22 al. 2 LApEl. A cet égard, la voie du recours n'est pas ouverte à l'encontre de cette contribution publique, lorsqu'est en cause la violation de dispositions tarifaires (art. 22 al. 2 LApEl). L'ElCom peut être en revanche saisie, celle-ci étant habilitée à trancher par décision les litiges en la matière (art. 23 LApEl)<sup>164</sup>.

Dans le régime actuel de la LApEl, les gestionnaires de réseau répercutent les coûts qui leur incombent dans le domaine des systèmes de mesure (art. 17a à 17c LApEl) sur l'ensemble des consommateurs finaux de leur zone de déserte, au moyen de la rémunération pour l'utilisation du réseau. Avec l'ouverture complète du marché de l'électricité qui permet aux clients finaux de choisir librement leur fournisseur, une telle imputation n'est pas adaptée<sup>165</sup>. Le projet de révision de la LApEl de juin 2021 prévoit alors de distinguer la prestation de mesure de l'utilisation du réseau – les gestionnaires de réseau étant néanmoins responsables des systèmes de mesure dans leur zone de déserte. Dans le régime envisagé, le gestionnaire de réseau concerné est tenu de procéder aux mesures lorsque les clients finaux ne disposent pas du libre choix de l'exploitant de stations de mesure et du prestataire de mesure ou y renoncent. Les prestations respectives sont alors prévues par la loi; en particulier, le gestionnaire de réseau perçoit une rémunération sur la base de tarifs régulés qu'il fixe (en principe pour une année) conformément « au principe de causalité »<sup>166</sup>. Dans ces circonstances, aucune place n'est laissée à l'échange de volonté; le rapport juridique qui lie le consommateur et le prestataire s'avère ainsi unilatéral.

---

<sup>164</sup> Voir à ce propos POLTIER (2020) n° 660; WYSS, in: KRATZ/MERKER/TAMI/RECHSTEINER/FÖHSE (2016), ad art. 22 LApEl n° 11 ss.

<sup>165</sup> CONSEIL FÉDÉRAL (2021), p. 101.

<sup>166</sup> Art. 17a<sup>bis</sup> al. 1 du projet de révision de la LApEl. Au demeurant, les tarifs de mesure et la rémunération perçue au titre de la mesure visés à l'art. 17a<sup>bis</sup> al. 1 et 2 sont soumis à la surveillance de l'ElCom (art. 22 al. 2 let. b du projet de révision de la LApEl).

## E. Les consommateurs éligibles ayant fait usage de leur droit d'accès

### 1. Le droit d'accès

Selon l'article 6 al. 1 LApEl, les gestionnaires de réseau ont l'obligation de fournir en tout temps l'ensemble des consommateurs finaux de leur zone de desserte. En ce qui concerne les consommateurs éligibles, cette obligation se traduit par le droit d'utiliser le réseau électrique auquel ils sont raccordés – afin d'y faire transiter l'énergie acquise sur le marché. Le droit d'accès est alors défini, à l'article 4 al. 1 let. d LApEl, comme « le droit d'utiliser le réseau » afin d'injecter de l'électricité ou d'en acquérir auprès du fournisseur de son choix.

Le droit d'accès apparaît comme la condition impérative de la garantie et de la sécurité de l'approvisionnement des consommateurs éligibles; les gestionnaires de réseau sont tenus, à cet égard, de le leur accorder de manière non discriminatoire (art. 13 al. 1 LApEl). Il s'agit d'une tâche publique soumise à une importante régulation de droit public. Dans le contexte du droit d'accès, la relation d'utilisation du réseau est ainsi à attribuer au droit public.

L'accès au réseau est une obligation découlant de la loi, celle-ci précisant le cercle des consommateurs visés (art. 11 OApEl) de même que les modalités de rémunération pour l'utilisation du réseau (art. 14 et 15 LApEl, art. 12 ss OApEl). Au demeurant, l'ElCom exerce la surveillance de l'accès au réseau, pouvant aller jusqu'à l'accorder à titre provisionnel (art. 22 al. 2 let. a LApEl). De la sorte, suivant le raisonnement entrepris à propos de l'utilisation du réseau par les clients captifs<sup>167</sup>, la nature de la relation découlant du droit d'accès apparaît comme unilatérale, associée à une compétence décisionnelle du GRD; pour le moins, la voie unilatérale n'est exclue ni par le texte ni par le sens de la loi. Tel est en particulier le cas lorsque le droit d'accès est « refusé » (*verweigert, negato*) conformément à l'article 13 al. 2 LApEl. Un tel acte doit alors être motivé afin que le droit d'être entendu de son destinataire soit respecté.

La doctrine est davantage d'avis qu'il conviendrait d'admettre la voie contractuelle (contrat d'attribution), sans justifier dans les détails ce

---

<sup>167</sup> *Supra* IV.D.3.

point de vue<sup>168</sup>. En principe, le contrat de droit administratif peut remplacer la décision, si la loi ne l'exclut pas au terme d'une interprétation adéquate<sup>169</sup>. Bien que la LApEl encadre très largement l'accès au réseau, celui-ci peut être refusé, notamment si l'exploitation sûre du réseau serait compromise ou si les capacités ne sont pas disponibles (art. 13 al. 2 LApEl)<sup>170</sup>. En ces circonstances, selon l'adage « qui peut le plus peut le moins », le gestionnaire de réseau peut ne pas refuser purement et simplement le raccordement, mais convenir contractuellement de l'acheminement de quantités d'électricité moindres – satisfaisant à la capacité et à la sécurité du réseau; la loi n'y fait pas obstacle. Au demeurant, en matière de taxes parafiscales, l'échange de prestations dépend souvent des circonstances concrètes et non pas d'un système complet instauré par la loi; le procédé contractuel est alors ouvert<sup>171</sup>. S'agissant du droit d'accès, les coûts d'utilisation du réseau pour les consommateurs éligibles ne sont pas assujettis à des tarifs prédéterminés sous la forme de règles de droit; l'article 6 al. 3 LApEl ne leur est pas applicable. Ainsi, la relation d'utilisation du réseau est susceptible de faire l'objet d'une contractualisation en ce qui concerne la contribution causale qui lui est liée – dans le cadre fixé par la loi<sup>172</sup>.

En matière de prestations de mesure, le projet de révision de la LApEl du 18 juin 2021 laisse le libre choix de l'exploitant de stations de mesure et du prestataire de mesure aux consommateurs finaux consommant annuellement plus de 100 MWh, mais également à certains autres consommateurs dont ceux qui font usage du droit à la consommation propre (art. 16 LEne)<sup>173</sup>. S'agissant d'un choix du consommateur que le prestataire de mesure peut refuser, cette relation juridique repose sur un régime contractuel. L'art. 17a al. 5 du projet de révision de la LApEl mentionne à ce titre expressément l'existence de « contrats », sans préciser toutefois s'ils relèvent du droit public ou privé.

---

168 WALDNER (2010) p. 1311 ss; SCHOLL (2016) n° 12; MÜLLER (2016) p. 68-69. Voir également POLTIER (2020) n° 754.

169 *Supra* IV.B.3.

170 Les litiges à propos de l'accès au réseau doivent être portée devant l'ElCom (art. 22 al. 2 let. a LApEl).

171 MOOR/POLTIER (2011) p. 455.

172 POLTIER (2020) n° 755-756.

173 Art. 17a du projet de révision de la LApEl.

## 2. *Le raccordement au réseau*

La jurisprudence relative au raccordement évoquée à propos de l'approvisionnement de base ne se prononce pas sur la nature juridique du rapport qui se noue entre le gestionnaire de réseau et les consommateurs éligibles qui ont fait usage de leur droit d'accès au réseau. L'obligation de raccorder imposée aux gestionnaires de réseau à l'article 5 al. 2 LApEl vise « tous les consommateurs finaux », sous-entendus les consommateurs captifs et éligibles. A ce titre, le raisonnement développé à propos de l'approvisionnement de base peut être, à notre sens, transposé au raccordement des consommateurs éligibles. De la sorte, la relation en cause est à attribuer au droit public. Elle peut être de nature unilatérale en principe. La voie contractuelle est également ouverte, puisqu'elle n'est pas exclue par la loi, par la conclusion d'un contrat d'équipement (comportant également les modalités de la contribution de raccordement, laquelle échappe à une tarification de droit fédéral)<sup>174</sup>.

## 3. *La fourniture d'électricité*

Les consommateurs éligibles qui ont fait usage de leur droit d'accès disposent du libre choix de leur fournisseur en électricité. La relation qui les lie échappe à la régulation de la LApEl; elle repose, selon la jurisprudence et la doctrine, sur des contrats de droit privé<sup>175</sup>.

## V. Conclusion

L'approvisionnement en électricité désigne une notion complexe qui comprend de multiples services ayant pour finalité la mise à disposition des consommateurs de l'énergie dont ils ont besoin. Cela suppose non seulement qu'une quantité suffisante d'électricité soit produite, mais également que cette dernière puisse être effectivement injectée, transformée, acheminée puis soutirée – de manière fiable et en tout temps. Il en résulte un entrelacs de relations juridiques qui impliquent divers agents écono-

---

<sup>174</sup> *Supra* IV.D.2.

<sup>175</sup> ATF 144/2018 III 111, 112 ss, c. 5.1; ATF 142/2016 II 451, 464 s., c. 4.2.1; ATF 138/2012 I 454, 463 s., c. 3.6.3; Arrêt TF 2C\_12, 13/2016 du 16 août 2016, c. 3.3.2; Arrêt TF 4A\_582/2014 du 17 avril 2015, c. 2.2. En doctrine, POLTIER (2020) n° 757; MÜLLER (2016) p. 69; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 492.

miques et autorités, chargés de veiller conjointement à la garantie et à la sécurité de l’approvisionnement en électricité. Ce véritable système de relations caractérise, mais structure également, un marché de l’électricité marqué par une ouverture partielle et une solide régulation.

A l’heure actuelle, il subsiste de nombreuses incertitudes quant à la qualification juridique de la plupart de ces relations. La loi, la LApEl en tête, reste incertaine, voire muette, à ce propos. Elle laisse une vaste place à l’interprétation et au droit prétorien. Ce n’est que récemment que le Tribunal fédéral a eu l’occasion de se prononcer, de manière encore incomplète par ailleurs, dans le domaine de l’approvisionnement de base. Il a établi à cet égard que la fourniture, le raccordement au réseau et son utilisation relèvent de relations de droit public, sans préciser leur caractère unilatéral ou contractuel. La Cour fédérale pourrait être amenée, à l’avenir, à lever d’autres incertitudes. Au demeurant, il serait souhaitable que le législateur, lors d’une prochaine révision de la LApEl, dissipe une partie du flou dans lequel sont plongés les rapports juridiques qui animent l’approvisionnement en électricité. Ce ne semble toutefois pas être le cas dans le projet de révision présenté par le Conseil fédéral le 18 juin 2021.

La présente contribution s’est attachée, en l’état du droit et de la jurisprudence, à évaluer la nature des relations juridiques de l’approvisionnement électrique. Il en ressort que l’instrument contractuel bénéficie d’une place confortable dans les relations que nouent les gestionnaires de réseau entre eux, la nature de droit public ou de droit privé restant en certaines circonstances délicate à établir. Le législateur a probablement souhaité favoriser la collaboration et les accords entre opérateurs plutôt que des rapports hiérarchiques fondés sur une base décisionnelle; s’il définit dans la loi les intérêts publics à poursuivre, les tâches publiques à accomplir ou certains instruments à mettre en œuvre, il réserve aux gestionnaires de réseau la marge de manœuvre nécessaire à l’engagement de processus contractuels.

Il en va différemment des relations tissées par les consommateurs finaux. L’analyse de la LApEl tend à reconnaître l’existence de relations unilatérales qu’accompagne une compétence décisionnelle des gestionnaires de réseau de distribution. En particulier, la voie unilatérale paraît s’imposer en matière de fourniture et d’utilisation du réseau, dans le cadre de l’approvisionnement base. S’agissant du raccordement et de l’accès au

réseau, cette voie semble admissible, bien que la relation puisse également faire l'objet d'une contractualisation en droit public. Exception notable à ces constats, la fourniture d'électricité aux consommateurs ayant fait usage de leur droit d'accès se fonde sur une relation contractuelle de droit privé.

## Bibliographie

- ADANK NATHALIE (2016), *Le contrat de planification – Utilité, admissibilité et régime du contrat d'aménagement du territoire*, Genève/ Zurich/Bâle.
- BALTHAZAR MICHÈLE (2007), *Elektrizitätslieferungsverträge im Hinblick auf die Strommarktöffnung: unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrechts*, thèse Zürich.
- BUCHLI MARTIN (2018), « Urteil des Verwaltungsgerichts (Verwaltungsrechtliche Abteilung) vom 12. Januar 2018 i.S. X. gegen Onyx Energie Dienste AG und Regierungsstatthalteramt (VGE 100.2017.247) », *JAB* 2018 p. 259 ss.
- FÖHSE KATHRIN S. (2015), « Die Leiden der jungen Strommarktordnung – aktuelle Probleme des StromVG unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Netzgebietszuteilung und Grundversorgung », *Recht* 2015 3 p. 1235 ss.
- FÖHSE KATHRIN S. (2014), *Die rechtliche Ausgestaltung der nationalen Netzgesellschaft im Stromversorgungsgesetz*, thèse Berne.
- FÖHSE MARTIN (2018), « Grundversorgung mit Strom – ein Überblick zu Rechtsverhältnissen und Zuständigkeiten », *PJA* 2018 10 p. 1235 ss.
- GYGI FRITZ (1986), *Verwaltungsrecht*, Berne.
- JAGMETTI RICCARDO (2005), *Energierrecht*, Bâle.
- JEANNERAT ELOI (2016), « ad art. 19 LAT », in: AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN (édit.), *Commentaire pratique LAT: Planifier l'affectation*, Genève/Zurich/Bâle. P. 521 ss.
- JOMINI ANDRÉ (1999/2010), « ad art. 19 LAT », in: AEMISEGGER/MOOR/TSCHANNEN/RUCH (édit.), *Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire*, Zurich/Bâle/Genève.
- KRATZ BRIGITTA (2003), « Zu den Rechtsbeziehungen der Elektrizitätsunternehmen mit den Endkunden – eine Momentaufnahme nach dem Nein zur EMG-Vorlage », *PJA* 2003 p. 342 ss.
- KRATZ BRIGITTA, MERKER MICHAEL, TAMI RENATO, RECHSTEINER STEFAN, FÖHSE KATHRIN S. (2016), *Kommentar zum Energierrecht – vol. I*, Berne.

- MOOR PIERRE, BELLANGER FRANÇOIS, TANQUEREL THIERRY (2018), *Droit administratif – Vol. III: L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat*, 2<sup>e</sup> éd., Berne.
- MOOR PIERRE, FLÜCKIGER ALEXANDRE, MARTENET VINCENT (2012), *Droit administratif – Vol. I: Les fondements*, 3<sup>e</sup> éd., Berne.
- MOOR PIERRE, POLTIER ETIENNE (2011), *Droit administratif – Vol. II: Les actes administratifs et leurs contrôles*, 3<sup>e</sup> éd., Berne.
- MÜLLER RETO P. (2016), « Stromversorgungssicherheit, Zwischen zukunftsgerichteter Planung und Bewirtschaftung », *ZBl* 117/2016 p. 59 ss.
- NGUYEN MIHN SON (1998), *Le contrat de collaboration en droit administratif*, Berne.
- POLTIER ETIENNE (2020), *Droit suisse de l'énergie*, Berne.
- POLTIER ETIENNE (2011), « La place du contrat dans le droit public des constructions », in: INSTITUT POUR LE DROIT SUISSE ET INTERNATIONAL DE LA CONSTRUCTION (édit.), *Journées suisses du droit de la construction*, Fribourg p. 129 ss.
- ROBERT-NICOUD GILLES (2018), « Fourniture de base en électricité. Entre service public et protectionnisme », *Jusletter* 12 novembre 2018.
- SCHOLL PHYLLIS (2016), « Rechtsnatur des Stromlieferungsvertrags », *dRSK*.
- SCHOLL PHYLLIS (2015), « Kapitel 13: Elektrizität », in: BIAGGINI/HÄNER/SAXER/SCHOTT (édit.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich.
- TANQUEREL THIERRY (2018), *Manuel de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle.
- TSCHANNEN PIERRE, ZIMMERLI ULRICH, MÜLLER MARKUS (2014), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Berne.
- WEBER ROLF, KRATZ BRIGITTA (2009), *Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht*, Berne.
- WEBER ROLF, KRATZ BRIGITTA (2005), *Elektrizitätswirtschaftsrecht*, Berne.
- WALDNER MICHAEL (2010), « Funktion und Rechtsnatur des Stromlieferungsvertrags im liberalisierten Strommarkt », *PJA* 2010 p. 1311 ss.
- ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, GUY-ECABERT CHRISTINE (2001), *Aménagement du territoire, construction, expropriation*, Berne.

**Documents officiels et documents techniques :**

AES – ASSOCIATION DES ENTREPRISES ÉLECTRIQUES (2020), *Blackout électrique*, Aarau.

CONSEIL FÉDÉRAL (2021), *Message concernant la loi relative à un approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables*, Berne (version provisoire publiée le 18 juin 2021, <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-84018.html>>).

CONSEIL FÉDÉRAL (2018), *Révision de la loi sur l'approvisionnement en électricité (ouverture complète du marché de l'électricité, réserve de stockage et modernisation de la régulation du réseau)*. *Rapport explicatif sur le projet mis en consultation*, Berne.

DETEC – DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES TRANSPORTS, DE L'ÉNERGIE ET DE LA COMMUNICATION (2019), *Révision de la loi sur l'approvisionnement en électricité (ouverture complète du marché de l'électricité, réserve de stockage et modernisation de la régulation du réseau)*. *Rapport sur les résultats de la consultation*, Berne.

OFEN – OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE (2020a), *Fiche d'information 1, Modification de la loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEl)*, Berne.

OFEN – OFFICE FÉDÉRAL DE L'ÉNERGIE (2020b), *Statistique globale suisse de l'énergie 2019*, Berne.

SWISSGRID, *Introduction du modèle de groupe-bilan (MGB)*, v. 1.3, Laufenburg.

SWISSGRID (2020), *Marché de l'énergie de réglage. Vue d'ensemble et évolution*, Aarau.

# Table des matières

Sommaire .....	5
----------------	---

ANNE-CHRISTINE FAVRE

<b>La contractualisation en droit public</b> .....	7
--	---

I. Introduction .....	7
-----------------------	---

II. L'institution du contrat de droit public .....	8
--	---

A. Sources et caractéristiques juridiques .....	8
---	---

B. Liberté contractuelle et position particulière de la personne publique .....	9
--	---

III. Le régime du contrat .....	11
---------------------------------	----

IV. La diversification de l'objet du contrat .....	14
--	----

A. Les domaines approchés .....	14
---------------------------------	----

B. D'autres domaines de la contractualisation en droit public .....	15
--	----

Bibliographie .....	17
---------------------	----

THIERRY TANQUEREL

<b>Au-delà des apparences: le contrat de droit public est-il vraiment bilatéral?</b> .....	19
--	----

I. Introduction .....	19
-----------------------	----

II. Le contrat de droit public dans son contexte .....	21
--	----

A. La bilatéralité par définition .....	21
---	----

B. Véritables contrats et pseudo-contrats .....	22
---	----

C. La position particulière de l'Etat .....	24
---	----

1. L'Etat a des contraintes particulières .....	24
---	----

2. L'Etat a des pouvoirs particuliers .....	25
---	----

3. L'Etat a un poids particulier .....	25
--	----

## Table des matières

III. Les promesses contractuelles .....	26
A. Introduction .....	26
B. Les promesses du contrat .....	26
1. La normativité spécifique du contrat .....	26
2. Pacta sunt servanda .....	27
C. Les promesses de la contractualisation .....	29
1. La souplesse négociée .....	29
2. La sécurité du droit .....	29
IV. Le retour du refoulé: l'action unilatérale de l'Etat dans le contrat de droit public .....	31
A. Lors de la conclusion du contrat .....	31
1. Le contrat non négocié .....	31
2. L'acte détachable .....	32
B. Dans le contenu du contrat .....	33
1. Les clauses de réserves unilatérales .....	33
2. Le fait du Prince .....	33
3. La remise en cause de pacta sunt servanda .....	35
a. Dans la législation sur les subventions .....	35
b. Un exemple genevois extrême .....	37
C. Dans l'exécution du contrat .....	38
1. La décision en vue d'exécution .....	38
2. Le retour de la décision en cas de conflit .....	39
V. Conclusion .....	40
Bibliographie .....	42

DAVID RENDERS/AURORE PERCY

<b>La contractualisation en droit administratif belge: entre gris clair et gris foncé .....</b>	<b>45</b>
I. Le recours à la voie contractuelle .....	50
II. Le droit applicable au contrat .....	52
III. Le juge du contrat .....	59

ULRICH STELKENS

<b>Le droit allemand des contrats administratifs : aspects choisis</b> .....	67
I. Introduction .....	67
II. La conception allemande du contrat administratif .....	69
III. Le contrat administratif en théorie et le contrat administratif en pratique .....	76
IV. Le contrat administratif comme <i>Lebensgefühl</i> et le contrat administratif comme moyen d'action de l'administration ..	81
V. Le contrat administratif comme alternative inachevée à l'acte administratif unilatéral .....	84
VI. <i>Pacta sunt servanda</i> , les principes de légalité et de sécurité juridique .....	85
VII. Conclusion .....	88

ANTONY TAILLEFAIT

<b>Perturbations dans les droits contractuel et statutaire de la fonction publique en Europe</b> .....	89
I. Perturbation du droit statutaire de la fonction publique par le tropisme contractuel contemporain .....	91
A. Le contrat d'emploi de l'agent public: une espèce particulière de contrat public? .....	91
B. Le statut de la fonction publique dans l'orbite contractuel? .....	95
II. Perturbation de l'identification contractuelle par le droit statutaire de la fonction publique .....	97
A. Un garant pour la liberté contractuelle: une voie pour un lien de fonction publique légal et réglementaire ...	98
B. Un retour à un corset réglementaire encadrant la liberté contractuelle .....	100

III. Un effet des perturbations: l'apparition de linéaments d'un droit transnational de la fonction publique? .....	102
A. Acte administratif transnational et fonction publique	103
B. Transnationalité et territorialité d'une norme administrative de fonction publique .....	104

JÉRÔME CANDRIAN

<b>La double pertinence du principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats de travail conclus par la Confédération: impératif contractuel et impératif de l'Etat de droit .....</b>	<b>109</b>
I. Introduction .....	109
II. Le cadre légal des rapports de travail de droit public .....	110
A. Droit public contractuel .....	110
1. Justification d'un régime spécial de droit public ..	110
2. D'un régime statutaire à un régime contractuel de droit public .....	111
3. Révision de la LPers du 14 décembre 2012 .....	112
B. Rapprochement toujours plus étroit avec le droit privé .....	113
1. Application du Code des obligations en tant que droit supplétif .....	113
2. Application directe du Code des obligations .....	114
3. Garanties du droit public .....	115
III. La double garantie du principe de la bonne foi .....	116
A. Principe de la bonne foi .....	116
1. Principe général du droit .....	116
2. Principe contractuel général .....	117
a. Bonne foi dans le contrat de travail de droit privé .....	117
b. Bonne foi dans le contrat de travail de droit public .....	118
3. Principe procédural .....	119

B.	Exécution de bonne foi des contrats de travail de droit public .....	120
1.	Devoir impératif d'exemplarité de l'Etat employeur .....	120
a.	Devoir général de respect de la personne de l'employé .....	120
b.	Respect de la confiance inspirée par l'Etat employeur .....	121
2.	Devoir corrélatif de loyauté et d'exemplarité de l'employé de l'Etat .....	123
C.	Bonne foi dans le contexte de la résiliation des rapports de travail .....	125
1.	Encadrement de la résiliation ordinaire .....	125
a.	Mode de procéder de l'employeur .....	125
b.	Mode de réaction de l'employé .....	129
2.	Résiliation avec effet immédiat .....	130
IV.	Remarques conclusives .....	133
V.	Bibliographie .....	134

**BENOÎT BOVAY/PAULINE MONOD**

	<b>Les conventions de droits à bâtir .....</b>	<b>139</b>
I.	Introduction .....	139
II.	Le cadre légal .....	140
A.	La législation fédérale .....	140
B.	La législation cantonale .....	141
1.	La loi vaudoise .....	142
2.	Dans les autres cantons .....	142
III.	L'objectif: réduire et densifier les zones à bâtir .....	143
IV.	Les mesures favorisant et garantissant la disponibilité des zones à bâtir (art. 15a LAT; art. 50 ss LTC) .....	144
A.	Les principes .....	144
B.	Les mesures .....	145
1.	Remaniement parcellaire .....	146

## Table des matières

2.	Libération ou transfert de servitudes .....	147
3.	La disponibilité de la zone à bâtir .....	148
a.	Nouvelle zone à bâtir liée à un projet .....	148
b.	Délai réglementaire pour construire .....	149
c.	Contrat de droit administratif .....	149
d.	Changement d'affectation .....	149
C.	Le contrat .....	149
1.	La notion .....	149
a.	Les parties .....	150
b.	La qualification .....	150
c.	Les exigences légales .....	151
2.	Le contenu minimal du contrat .....	152
3.	La forme .....	152
4.	L'inexécution du contrat .....	153
a.	Les sanctions possibles .....	153
b.	Le droit d'emption .....	153
5.	Le contentieux .....	154
V.	Les accords intercommunaux de transferts de droits à bâtir	155
A.	L'origine .....	155
B.	La notion .....	156
1.	Les parties .....	157
2.	La qualification .....	157
3.	Les exigences légales .....	158
C.	Le contenu .....	158
D.	L'inexécution .....	159
E.	Le contentieux .....	159
VI.	Les transferts de coefficients et compensation de distances	160
A.	L'origine .....	160
1.	Les distances .....	160
2.	Les coefficients .....	161
B.	La notion .....	162
1.	Les parties .....	162
2.	La qualification .....	163

3. Les conditions .....	165
a. Relation entre les parcelles concernées .....	165
b. Le transfert en chaîne .....	166
c. L'accord de l'autorité compétente .....	167
d. La mention au registre foncier .....	167
C. Le contenu .....	168
D. Le contentieux .....	168
VII. Conclusion .....	169
Bibliographie .....	171

THIERRY LARGEY

<b>La place du contrat dans le domaine de l'approvisionnement en électricité, en droit suisse ...</b>	<b>175</b>
I. Introduction .....	175
II. Les caractéristiques du marché de l'électricité .....	178
A. La prise en compte du monopole naturel des gestionnaires de réseau .....	178
1. Le dégroupage des services électriques .....	178
2. L'existence d'un monopole de droit sur la distribution d'électricité? .....	179
B. La libéralisation partielle du marché de l'électricité ...	181
C. La régulation du marché par l'ElCom .....	184
III. L'approvisionnement électrique, un enchevêtrement d'activités et de relations juridiques .....	185
A. Le principe de la sécurité de l'approvisionnement .....	185
B. Le caractère systémique de l'approvisionnement en électricité .....	187
IV. Portée et limites de la contractualisation dans le domaine de l'approvisionnement en électricité .....	190
A. Les incidences de la nature des relations juridiques, quelques illustrations .....	190
B. La méthode d'analyse .....	192
1. Les critères de distinction .....	192

Table des matières

2. Relation de droit public ou de droit privé .....	193
3. Relation bilatérale ou unilatérale .....	193
4. La compétence décisionnelle .....	194
C. Le fonctionnement sûr et fiable du réseau électrique ..	197
1. Swissgrid .....	197
2. Les gestionnaires de réseau de distribution .....	202
a. L'attribution des zones de desserte .....	202
b. La garantie de l'approvisionnement .....	204
D. L'approvisionnement de base .....	206
1. La fourniture d'électricité .....	207
a. Une relation de droit public .....	207
b. Une relation unilatérale? .....	208
c. Les compétences décisionnelles des gestionnaires de réseau .....	210
2. Le raccordement au réseau de distribution .....	212
a. Une relation de droit public .....	212
b. Le réseau électrique en tant qu'équipement au sens de l'article 19 LAT .....	213
c. La nature unilatérale ou bilatérale du raccordement .....	214
3. L'utilisation du réseau de distribution .....	215
E. Les consommateurs éligibles ayant fait usage de leur droit d'accès .....	217
1. Le droit d'accès .....	217
2. Le raccordement au réseau .....	219
3. La fourniture d'électricité .....	219
V. Conclusion .....	219
Bibliographie .....	222

## Ouvrages déjà parus dans la collection Pratique du droit administratif

ANNE-CHRISTINE FAVRE / VINCENT MARTENET / ETIENNE POLTIER (éd.), *L'entraide administrative – Évolution ou révolution?*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2019, 236 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *Le droit disciplinaire*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2018, 211 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *L'égalité des personnes handicapées : principes et concrétisation*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2017, 279 p.

ANNE-CHRISTINE FAVRE / VINCENT MARTENET / ETIENNE POLTIER (éd.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2016, 315 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *Les agglomérations*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2015, 268 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Le contentieux administratif*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2013, 250 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *Les réformes de la fonction publique*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2012, 254 p.

ANNE-CHRISTINE FAVRE / VINCENT MARTENET / ETIENNE POLTIER (éd.), *La responsabilité de l'Etat*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2012, 284 p.

THIERRY TANQUEREL / FRÉDÉRIC VARONE / ARUN BOLKENSTEYN / KARIN BYLAND, *Le contentieux administratif en Suisse: une analyse empirique*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2011, 165 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Les autorités administratives indépendantes*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2011, 232 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *La maîtrise publique du sol: expropriation formelle et matérielle, préemption, contrôle du prix*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2009, 177 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Surveillance et contrôles de l'administration*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2008, 211 p.

ALEXANDRE FLÜCKIGER / CHRISTINE GUY-ECABERT (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer: Le rôle des guides de légistique*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2008, 209 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *L'avenir juridique des communes*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2007, 256 p.

ALEXANDRE FLÜCKIGER (éd.), *La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 123 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 207 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *Le service public*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 264 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *L'entraide administrative*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2005, 186 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *Les tiers dans la procédure administrative*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2004, 234 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Le domaine public*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2004, 155 p.

## Actes des Journées de droit administratif parus hors collection

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *L'administration transparente*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich, 2002, 180 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Les contrats de prestations*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich, 2002, 136 p.

« La réforme de la juridiction administrative genevoise », *Revue de droit administratif et fiscal*, 2000 I, p. 473 à 552.

GABRIEL AUBERT / FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Fonction publique: vers une privatisation?*, Schulthess, Zurich, 2000, 196 p.