

L'évolution du droit administratif suisse

ETIENNE POLTIER

Professeur à l'Université de Lausanne

Introduction

La Suisse et son massif montagneux au cœur de l'Europe paraissent à première vue à l'abri des forces qui provoquent la dérive des continents. On est tenté de transposer ce semblant de stabilité et de solidité géologique au droit suisse confronté au droit international et au pouvoir des juges étrangers. Les lignes qui suivent traduisent la tentative d'aller au-delà de cette image ; il s'agit ici de mettre en évidence quelques traits forts du droit administratif suisse et des dynamiques à l'œuvre dans son évolution actuelle, en s'inscrivant dans le prolongement de contributions centrales de Thierry TANQUEREL à la doctrine suisse. La première est son ouverture à la démarche comparative ; la seconde, marquée par deux publications récentes de cet auteur, participe du projet de donner une vision d'ensemble du droit administratif suisse¹.

Jean-Bernard AUBY, voici une quinzaine d'années, a estimé pouvoir identifier trois facteurs essentiels de « déstructuration » du droit administratif : la *globalisation* du monde, la *désétatisation* de la société et enfin la *décentralisation* du pouvoir². MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, dans leur ouvrage récent, constatent d'autres lignes de force : l'*économisation* de l'exécution des tâches publiques (c'est-à-dire la volonté politique de la rapprocher le plus possible de ce qui se pratique dans l'économie de marché, où le rendement est la préoccupation première) et l'*externalisation* des tâches publiques³. Ces quelques traits forts serviront dans une large mesure de fil rouge aux propos qui suivent, sous une réserve : la décentralisation, comprise dans un sens territorial en tout cas, ne peut guère être considérée comme un phénomène en cours, en Suisse, dans la mesure où elle y est actuellement déjà largement réalisée (voire y est plutôt en recul).

¹ Voir à ce propos Pierre MOOR / François BELLANGER / Thierry TANQUEREL, *Droit administratif III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État*, 2^e éd., Berne 2018. Voir également Thierry TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève 2018.

² Jean-Bernard AUBY, *La bataille de San Romano, réflexion sur les évolutions récentes du droit administratif*, AJDA 2001, p. 912 ss. La présente contribution s'inspire d'ailleurs de la présentation du soussigné au colloque de clôture de la Chaire Mutation de l'action publique et du droit public, Sciences-Po Paris, consacrée au futur du droit administratif ; voir les actes de ce colloque et notamment la contribution du soussigné, destinés à la publication.

³ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, (note 1), p. V s. Sur la première tendance, voir également Markus MÜLLER, *Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts in Zeiten der Ökonomisierung-Denkanstösse*, RDS 2016 I, p. 411 ss.

I. Le droit administratif suisse, passé et présent

Entourée de grands voisins, tous membres de l'Union européenne (à l'exception du Liechtenstein), la Suisse est un petit État. Malgré cela, elle est caractérisée par une décentralisation poussée et un poids très fort des collectivités locales : les cantons, au nombre de 26, et les communes, à côté de l'État central. Il est vrai, on peut noter dans la période récente une certaine érosion de cette décentralisation de l'État suisse. En substance, de nombreuses compétences nouvelles sont peu à peu transférées à l'État central ; au niveau des communes, les fusions, fréquentes, induisent un double phénomène de perte de proximité entre le citoyen et son administration locale et un gain d'efficacité dans l'action administrative. Néanmoins, en raison même de la petite taille de ses collectivités publiques locales, la Suisse se caractérise par un appareil bureaucratique de taille modeste en comparaison internationale (au plan local, notamment, prévalait et prévaut encore dans une large mesure un système de milice). En parallèle, il faut noter une certaine méfiance du citoyen à l'égard de l'État et de la bureaucratie⁴. C'est à cette administration (au sens organique) multiple et parfois microscopique que s'applique le droit public suisse.

A. La genèse du droit administratif suisse, en bref

En 2011, la Société suisse des juristes célébrait les 100 ans du droit administratif⁵ ! L'on s'accorde à retenir que le droit administratif suisse s'est construit largement à partir de la doctrine allemande et notamment des enseignements d'Otto MAYER⁶. Mais cet auteur, de son côté, avait, dans une très large mesure, transposé en droit allemand les principes généraux du droit administratif français⁷.

Il reste qu'administration et jurisprudence ont constamment adopté une position pragmatique et distante à l'égard de cette construction doctrinale de la littérature suisse. Il ne faut en effet pas perdre de vue qu'il n'y a pas véritablement un droit administratif suisse, mais plusieurs (un droit fédéral, 26 droits cantonaux, voire encore des droits communaux) ; chacun soulève des questions juridiques spécifiques, auxquelles l'étude de la doctrine apporte parfois des réponses.

Comme en droit allemand, on note une évolution tendant à distinguer le droit administratif *général*, d'une part, le droit administratif *spécial*, d'autre part. S'agissant du second, il faut parler plutôt d'un droit éclaté⁸, émiété, caractérisé par une *fragmentation* multiple de

⁴ Pour plus de détails, Benjamin SCHINDLER, Evolution and *Gestalt* of the Swiss State, in Armin VON BOGDANDY/ Peter M. HUBER/ Sabino CASSESE (éd.), *The administrative State*, Oxford 2017, p. 438 ss. Une initiative populaire, intitulée « Halte à la bureaucratie » a même été lancée (FF 2010 p. 6045 ss), mais la récolte de signatures n'a finalement pas abouti.

⁵ Voir Anne-Christine FAVRE / Benjamin SCHINDLER, Cent ans de droit administratif: de la gestion des biens de police à celle des risques environnementaux, RDS 130 2011 II, p.227 ss., respectivement p. 227 ss et 331 ss. Et la Loi fédérale, du 20 décembre 1968, sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) n'a que 50 ans ; les cantons ont suivi avec l'adoption de lois similaires jusqu'à une date récente.

⁶ Fritz FLEINER, formé en Allemagne, mais professeur en Suisse, s'est appuyé largement sur les ouvrages d'Otto MAYER.

⁷ Ce qui fait dire à certains auteurs suisses que le droit administratif français a eu lui aussi une influence essentielle, certes indirecte, sur le droit administratif suisse : Markus MÜLLER, *Droit administratif – Origine et spécificité*, Berne 2006.

⁸ Selon la formule de Thierry TANQUEREL (note 1), N 24 ss. Voir aussi Pierre MOOR, Instrumentalisation du droit public, unité de l'ordre juridique et sujet de droit, PJA 4/2013, p. 765 ss.

régulations spécifiques⁹. Ces législations spéciales apparaissent, disparaissent, évoluent très rapidement au gré des vents politiques, de l'évolution économique ou technologique. Il s'agit souvent de réglementations présentant une haute technicité et difficiles d'accès. Quant au droit administratif général, il est constitué par les principes généraux du droit administratif et leurs développements, les formes d'action de l'administration, ainsi que par les règles qui régissent la procédure administrative et le contrôle des actes de l'administration. Il offre en quelque sorte un réservoir de solutions standards aux problèmes usuels susceptibles de se poser dans l'application du droit administratif spécial, lorsque la loi spéciale elle-même n'y répond pas¹⁰. En somme, le législateur adopte une foule de lois spéciales, sans se préoccuper de certaines questions, de caractère général ou transversal ; dans cette hypothèse, c'est le droit administratif général, qui n'est pas codifié, qui va potentiellement offrir une solution. Contrairement au droit administratif spécial, le droit administratif général présente une grande stabilité, même s'il connaît certaines évolutions (suivant cependant une dynamique très lente)¹¹.

La doctrine du droit administratif général présente une assez grande homogénéité dans les solutions retenues. Néanmoins, parmi les divergences, l'une d'entre elles mérite une mention, puisqu'elle a trait à la délimitation même du champ d'application de ce droit. Elle concerne en effet la définition de la notion de tâche publique (et de celle, voisine, de service public) ; il y a des divergences également sur les conséquences à déduire d'une telle qualification. D'aucuns réservent en effet la notion de tâche publique aux cas dans lesquels l'État, par le biais d'une norme constitutionnelle ou légale, est contraint de déployer l'activité en cause ; d'autres, au contraire, admettent également l'existence d'une tâche de l'État lorsque celui-ci, sans y être obligé, déploie une activité en y étant autorisé par l'ordre juridique¹². Il en va de même de la notion de « service public », une partie de la doctrine étant d'ailleurs réticente à la réception en droit suisse de cette notion issue du droit français¹³.

La qualification d'une activité comme « tâche publique » entraîne certaines conséquences juridiques (ainsi notamment les droits fondamentaux doivent-ils être respectés dans ce cadre, à teneur de l'art. 35 al. 2 Cst.)¹⁴. Par ailleurs, selon certains auteurs, l'exécution des tâches publiques doit intervenir sur la base du droit public, sous réserve d'une base légale autorisant le recours au droit privé¹⁵. Pour d'autres, qui traitent il est vrai de la relation de service public, cette réponse univoque n'est pas de mise ; il s'agit bien plutôt de déterminer le droit applicable (droit public ou droit privé) en se fondant sur la méthode dite « éclectique » développée par la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁶. Dans cette approche, l'application du droit privé à des tâches publiques/services publics est plus largement admise.

⁹ Sur ce constat en droit allemand, voire en droit administratif comparé, Fragmentierungen, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 77, Berlin 2018, avec des contributions notamment d'Olivier JOUANJAN et Franz REIMER, Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht.

¹⁰ Pierre TSCHANNEN, Systeme des allgemeinen Verwaltungsrecht, Berne 2008, N 365.

¹¹ SCHINDLER (note 4), p. 399.

¹² Dans ce sens, MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 1), p. 139 et les nombreuses références à la doctrine plus restrictive.

¹³ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 1), p. 142 ss et les références. Dans la précédente édition de cet ouvrage (Pierre MOOR, Droit administratif III, 1^e éd., Berne 1992, p. 92 ss), l'auteur proposait d'ailleurs une distinction un peu différente, notamment en lien avec la collaboration avec le secteur privé : il distinguait les tâches publiques, susceptibles de délégation auprès d'acteurs privés, et les activités d'utilité publique qui, lorsqu'elles étaient exercées par des acteurs privés, pouvaient faire l'objet d'un soutien public ; il s'agissait de deux modèles distincts de collaboration avec le secteur privé.

¹⁴ Voir au surplus MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 1), p. 138.

¹⁵ Pierre TSCHANNEN/Ulrich ZIMMERLI/Markus MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^e éd., Berne 2014, p. 398 s.

¹⁶ Voir à ce propos MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 1), p. 486 ss et 495 ss ; les auteurs relèvent les incertitudes de cette méthode.

B. Les dynamiques à l'œuvre

1. Globalisation et européanisation

Face à l'extérieur, la Suisse est écartelée entre deux forces contradictoires. D'une part, une forme d'autosatisfaction la pousse vers ce que l'on appelle l'*Alleingang* ; d'autre part, l'appel du marché, notamment au sein des milieux économiques, tend à une intégration de la Suisse au sein du grand marché européen ou globalisé. Actuellement, ces deux tendances contraires paraissent se neutraliser, au risque de paralyser l'action du Gouvernement dans ses relations avec l'Union européenne.

a. Influences externes

La Suisse, malgré sa petite taille, a l'ambition d'être un acteur économique sur les marchés globalisés. Le droit international économique et notamment le droit de l'OMC ont ainsi une influence très forte sur l'évolution de la législation suisse ; elle se plie ainsi aux nécessités économiques ou à ce que Sabino CASSESE appelle « *market dictatorship* »¹⁷.

L'européanisation du droit suisse est plus marquée encore. Cela peut paraître paradoxal à l'heure où la Suisse n'est pas membre de l'Union et ne devrait pas y adhérer avant longtemps (la question, en tous les cas, n'est pas à l'agenda politique). Néanmoins, les relations entre la Suisse et l'Union européenne sont encadrées par de nombreux accords bilatéraux, dont la mise en œuvre implique une large adaptation du droit suisse aux normes de l'UE. On constate également un phénomène d'« adaptation autonome » ; le législateur suisse adopte ainsi des normes en s'alignant de son propre mouvement sur le droit de l'Union, sans exécuter par là des obligations auxquelles la Suisse se serait engagée envers elle. Enfin, la jurisprudence elle-même s'inspire fréquemment de précédents tranchés par la Cour de justice¹⁸.

À titre d'exemple du mécanisme de l'adaptation autonome, on citera ici la loi sur les services financiers et la loi sur les établissements financiers, adoptés le 15 juin 2018 par le Parlement ; ces textes sont très fortement marqués par la volonté du législateur d'aligner les dispositions suisses sur la réglementation européenne, dans le but de faciliter l'accès des établissements bancaires suisses au marché financier européen¹⁹.

On note également une intensification de la coopération et de l'entraide administrative entre la Suisse et les organes européens dans de très nombreux domaines ; on pense ici au contrôle aérien ou à la collaboration entre autorités de la concurrence suisse et européenne, voire avec leurs homologues des États-membres de l'UE.

b. Les freins à cette ouverture à l'extérieur

La mise en œuvre des accords bilatéraux avec l'Union européenne a entraîné une intensification des échanges entre la Suisse et l'Union européenne, ce qui apparaît comme un succès. Cependant, ce dernier a été accompagné par un accroissement très marqué des flux migratoires de l'Europe à destination de la Suisse, au point d'y créer diverses difficultés et

¹⁷ Sabino CASSESE, *The Administrative State in Europe*, in VON BOGDANDY/HUBER/CASSESE (éd.), *The administrative State*, Oxford 2017, p. 57-97, spéc. p. 97. La formule rejoint celle de MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 1), p. V, déjà évoquée, qui parlent d'un processus d'*économisation* de l'exécution des tâches publiques.

¹⁸ À mentionner aussi le fait que la Suisse, en tant que membre de la Convention européenne des droits de l'homme, respecte également la jurisprudence de la CourEDH. Sur les relations entre droit suisse et droit européen, voir notamment Francesco MAIANI / Roland BIEBER, *Précis de droit européen*, 3^e éd., Berne 2016, spécialement le chapitre consacré à ce thème, p. 379 ss ; voir aussi Matthias OESCH, *Switzerland and the European Union – General Framework, Bilateral Agreement, Autonomous Adaptation*, Zurich 2018.

¹⁹ Voir à ce propos FF 2018 p. 3675 ss et p. 3733 ss ; pour le message, voir FF 2015 p. 8101 ss.

notamment des tensions parfois très fortes sur le marché de l'emploi. Les réactions politiques n'ont pas manqué, certains partis parvenant à inscrire le thème de la migration en permanence en tête de l'agenda politique.

On note à cet égard l'adoption d'une initiative populaire visant à combattre l'immigration de masse (art. 121a Cst., introduit dans la Constitution après son acceptation, par le peuple et les cantons, lors de la votation du 9 février 2014). Cette disposition prévoit une limitation du nombre des autorisations délivrées pour le séjour des étrangers en Suisse par des plafonds et des contingents annuels ; ce texte semblait contraire à l'Accord sur la libre circulation des personnes conclu avec l'Union européenne. Mais le législateur en a prévu une mise en application « douce », satisfaisant apparemment l'Union européenne. De manière plus générale, l'accès des travailleurs européens au marché suisse de l'emploi reste toutefois un sujet de très fortes tensions.

À l'heure qu'il est, on peut se demander si le mouvement de globalisation et d'eupéanisation va se poursuivre ou si les freins à ce processus²⁰, actionnés par des partis populistes, vont parvenir à le bloquer, provisoirement ou pour une longue période. Il est possible également que ces forces contraires trouvent chacune un domaine privilégié où s'exercer (ainsi la seconde dans le domaine du droit de la migration).

2. Désétatisation

À cet égard, il faut observer que la Suisse a une longue pratique de délégation de tâches publiques au secteur privé, cela dans un entrelacs de relations souvent extrêmement complexes. Cette tendance ne s'est pas relâchée dans la période récente, à l'heure où ce mouvement se confirme largement ailleurs dans le monde. En Suisse, la méfiance envers la bureaucratie et l'État a clairement favorisé cette tendance. De même, la volonté de ne pas accroître le périmètre de la fonction publique, dans un contexte de ressources limitées, a débouché souvent sur une forme d'*outsourcing*, permettant de mettre à profit les connaissances et l'expérience des milieux privés.

Il est difficile de dire aujourd'hui si ce mouvement s'accélère ; il est certain en tous les cas qu'il ne ralentit pas et, en outre, que les instruments de cette désétatisation se diversifient beaucoup²¹.

3. La fragmentation

a. L'éclatement de l'appareil normatif

Le droit administratif général n'est pas codifié en droit suisse (à quelques nuances près) ; la législation porte donc – pratiquement toujours – sur le droit administratif spécial. Lors de l'élaboration de ces textes, le législateur est le plus souvent guidé par des préoccupations de nature sectorielle d'une grande complexité et d'une haute technicité ; inutile de préciser que le dialogue entre l'auteur de la norme et le spécialiste du secteur en cause, souvent non-juriste, est difficile. L'auteur de la norme oublie d'ailleurs fréquemment les acquis du droit

²⁰ Voir aussi l'initiative, intitulée « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) » ; elle prévoit en substance un principe de primauté de la Constitution fédérale suisse sur le droit international (notamment sur les traités internationaux, à moins qu'ils n'aient été soumis au référendum ; FF 2017 5027). Elle a cependant été rejetée en votation populaire le 25 novembre 2018.

²¹ Certes parfois avec une certaine prudence : en particulier, on ne peut pas retenir que la formule des PPP (partenariats publics-privés) ait pris son essor en Suisse. Délégation de tâches au secteur privé et décentralisation doivent au surplus être rapprochées : *infra* 3, b.

administratif général et les bouscule. La cohérence du droit administratif dans son ensemble est ainsi fortement mise à mal par ces forces centrifuges.

On peut citer ici l'exemple de la libéralisation partielle du marché de l'électricité, qui date en Suisse d'une dizaine d'années. Elle s'est accompagnée d'une régulation, revêtant une densité normative assez faible ; de surcroît, les acteurs du marché sont partis de la prémisse – qui n'était pas expressément démentie par cette législation – que leurs relations seraient régies essentiellement par le droit privé. Tout récemment, la jurisprudence, au contraire, a mis en évidence qu'une large part des relations qui se nouent au sein du marché de l'électricité (en particulier s'agissant de l'approvisionnement de base) relève au contraire du droit public²². La question se pose ici : le législateur a-t-il perdu ses repères et notamment sa compréhension de la *summa divisio* entre droit public et droit privé ?

b. *La fragmentation de l'Administration ; entités administratives décentralisées, entités privées délégataires*

« La République est une et indivisible » ; la formule n'a jamais été vraie pour la Suisse et elle l'est moins encore aujourd'hui. On assiste en effet, parallèlement à ce qui prévaut pour les normes, à une fragmentation extrême de l'appareil administratif. À côté de nombreuses structures décentralisées (Banque nationale, universités, par exemple), la Suisse, sensible à cet égard aux standards internationaux, connaît également le phénomène des agences indépendantes (la Commission de la concurrence ; l'Autorité de surveillance des marchés financiers, mieux connue sous son acronyme, FINMA). Sont apparues par ailleurs de très nombreuses formules, de droit public ou de droit privé, où se mêlent, à des degrés divers, secteur public et secteur privé (sociétés anonymes de droit public : La Poste suisse SA et Swisscom, entre autres). On peut parler à cet égard d'un foisonnement des structures, dû à l'imagination créative des juristes (et des économistes) ; un auteur a même parlé d'« *administrative zoo* »²³.

Lorsque l'administration éclate ainsi en de multiples centres de décisions, la question du maintien de la cohérence du droit administratif et surtout de sa mise en œuvre apparaît comme un but pratiquement hors d'atteinte.

II. L'avenir : attentes et défis

Le droit administratif a (principalement) pour finalité de faciliter l'action de l'administration, d'une part, tout en assurant, d'autre part, une protection appropriée des droits des citoyens. Ces buts sont potentiellement antagonistes et l'atteinte d'un équilibre adéquat entre les deux constitue une difficulté permanente.

Tel est le cas au niveau de l'*adoption des normes*. La législation spéciale vise à traduire des préoccupations techniques, voire technocratiques, que les acteurs du processus législatif (fonctionnaires et surtout parlementaires ; en Suisse, le peuple, en cas de référendum législatif) ont (souvent) difficulté à appréhender. Une question extrêmement délicate se pose d'ailleurs : en présence d'une évolution économique ou technologique donnée (pour prendre un exemple : l'apparition du numérique), faut-il ou non adopter une régulation ? Dans

²² Parmi d'autres, ATF 144 III 111; 143 II 37. Le constat de Martin FÖHSE, Grundversorgung mit Strom — Ein Ueberblick zu Rechtsverhältnisse und Zuständigkeiten, PJA 10/2018, p. 1235 ss, spéc. p.1250, est plus sévère : la loi et les ordonnances régissant le marché de l'électricité débouchent sur un « jeu de devinette » (*Ratespiel*) s'agissant de résoudre des questions, essentielles, de compétence et de qualification des différentes relations juridiques en cause.

²³ Giovanni BIAGGINI, Legal Conception of Statehood, in VON BOGDANDY/HUBER/CASSESE (éd), The administrative State, Oxford 2017, p. 570. Sur cette diversité, voir aussi MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 1), qui traitent la thématique de manière très approfondie : p. 93-395.

l'affirmative, cette dernière doit-elle être détaillée ou au contraire doit-elle rester très générale, pour laisser la bride sur le cou aux acteurs du marché ? On remarque d'emblée que ce type de questionnement n'est pas en priorité juridique, mais plutôt économique (il reste que le processus de libéralisation s'accompagne souvent d'une régulation – trop – svelte). Par ailleurs, il va de soi qu'il faut renoncer à réguler si l'on ne sait pas quel type d'encadrement juridique est nécessaire ou adéquat. Au surplus, d'aucuns soutiennent que l'adoption d'une régulation peut être prématurée et bloquer les investissements dans un domaine innovant ; d'autres au contraire sont demandeurs d'une régulation, afin de rétablir une certaine sécurité juridique dans un domaine chahuté par les innovations techniques. Là aussi, la réponse ne peut pas être seulement juridique, mais elle doit être aussi technique, économique et politique.

Le défi est omniprésent aussi au stade de *la mise en œuvre de la norme*, où l'effectivité de celle-ci apparaît comme centrale. Néanmoins, l'application de normes à caractère technique ne devrait pas empêcher la prise en compte des intérêts des citoyens (dans certains domaines néanmoins, santé, électricité, les intérêts des patients et autres consommateurs ne sont pas toujours pleinement pris en compte).

Le juge, amené à opérer un contrôle de l'activité de l'administration, se trouve lui aussi confronté à des difficultés considérables. Il maîtrise bien évidemment les règles de la procédure administrative, ainsi que les principes généraux du droit administratif ; en revanche, il peut rapidement perdre pied lorsqu'il est confronté à des litiges de natures très diverses, liés à l'application de législations spéciales très pointues. Diverses dérives sont à cet égard à craindre ; le risque le plus manifeste est celui d'une justice trop lente, parce qu'elle ne comprend pas les mécanismes de la loi spéciale et n'en perçoit pas les enjeux. Or, la justice administrative – c'est le cas en Suisse comme ailleurs – est d'ores et déjà fréquemment surchargée. Des tensions apparaissent concrètement entre le Tribunal administratif fédéral et les autorités indépendantes de régulation (Commission de la concurrence, FINMA, par exemple). On peut d'ailleurs s'interroger sur les solutions²⁴ à apporter à ce problème. Une piste pourrait être celle d'une spécialisation des juges, sous une forme ou sous une autre. À cet égard, il existe des réponses partielles (par exemple spécialisation d'un juge au sein d'une juridiction déterminée pour tel ou tel type de contentieux), mais on peut sérieusement se demander si cette réponse est suffisante et, notamment, si elle est satisfaisante au regard de la nécessité du maintien de la cohérence au sein de l'ordre juridique, notamment entre législation spéciale et droit administratif général.

On peut enfin s'interroger sur le rôle de la doctrine, voire plus simplement du juriste dans le domaine du droit public. Il faut souligner que l'activité de l'État, sous toutes ses formes, est examinée désormais au premier chef à l'aune de critères non juridiques ; il s'agit souvent de critères économiques (efficacité, efficience), voire d'aspects relevant plus spécifiquement d'autres domaines (réalisation des effets urbanistiques, environnementaux ou sociologiques correspondant aux objectifs visés par le législateur). Dans ce contexte, le fait que l'activité de l'État soit (ou ne soit pas) conforme au droit peut apparaître secondaire pour l'observateur. Pour prendre un exemple, Swisscom (société anonyme de droit public) a violé à plusieurs reprises le droit de la concurrence et a été sanctionné pour cela ; il semble que la Confédération, principale actionnaire, ne s'en émeuve guère, dans la mesure où la valeur boursière de cette société n'est pas à la baisse. En somme, le juriste a-t-il pour seul rôle de tenir la plume du pouvoir économique ou doit-il au contraire défendre d'autres valeurs, qui sont aussi des composantes de l'intérêt public ? La seconde réponse doit être préférée ; mais cela

²⁴ D'aucuns imaginent de remplacer le juge (ou l'autorité administrative d'application) par des algorithmes. Il est sans doute souhaitable de recourir à des machines lorsque la résolution d'un litige appelle des calculs complexes nécessités par des normes, ainsi dans le domaine fiscal ; mais pour le surplus, la suggestion n'est pas sérieuse et relève, non de la science juridique, mais de la science-fiction (ou de l'acharnement à réduire les coûts liés à l'appareil judiciaire).

suppose que le juriste ou la doctrine du droit public puissent faire entendre leur voix dans le débat dominé par une forme d'impérialisme économique²⁵.

²⁵ Pour reprendre la formule de Markus MÜLLER (note 3), p. 426. Voir aussi MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (note 1), p. VI. L'économie est ici presque dans la situation d'un « abus de position dominante » : a-t-elle fait main basse sur l'intérêt public ?